Die Ausſchließung des Richters in den Fällen des § 23 StPO.

Inaugural-Diſſertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Staatswiſſenſchaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Univerſität
Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Wilderich Cuno
Referendar
aus Berlin-Wilmersdorf

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1934

Referent: Profeſſor Dr. Eduard K e r n.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Verzeichnis des Schrifttums.

Beling, E.: Deutſches Strafprozeßrecht. Berlin und Leipzig 1928.

— Strafprozeßrecht in Hotzendorff-Kohler Enzyklopädie. Leipzig, Berlin 1904.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutſchen Strafprozeßrechts. Breslau 1900.

Binding: Grundriß des deutſchen Strafprozeßrechts. 5. Aufl., Leipzig 1904.

Birkmeyer, K.: Deutſches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.

Feiſenberger: Handkommentar zur StPO und GVG. Berlin u. Leipzig 1926.

Glaſer: Handbuch d. Strafprozeſſes. I. Band Leipzig 1883. II. Bd. Leipzig 1885.

Gerland: Der deutſche Strafprozeß. München, Berlin, Leipzig 1927.

Geyer, Auguſt: Lehrbuch d. gemeinen deutſchen Strafprozeßrechts. Leipzig 1880

Graf zu Dohna: Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. Berlin 1929.

Häberlin: Sammlung der neuen deutſchen Strafprozeßordnungen. Greifswald 1852.

Hahn-Stegmann: Die geſammelten Materialien zur Strafprozeßordnung. 2. Aufl. I. Abtlg. Berlin 1885. II. Abtlg. Berlin 1886.

v. Hentig: Wiederaufnahmerecht. Heidelberg 1930.

v. Holtzendorff: Handb. d. deutſchen Strafprozeßrechts. Berlin S. W. 1879.

John: Die Strafprozeßordnung für das Deutſche Reich. I. Bd. Erlangen 1884. 2. Bd. Erlangen 1888.

Keller: Die Strafprozeßordnung für das Deutſche Reich. 2. Aufl. Lahr 1882.

v. Kries: Lehrbuch des deutſchen Strafprozeßrechts. Freiburg i. Br. 1892.

Löwe-Roſenberg: Kommentar zur Strafprozeßordnung. 19. Aufl. Berlin, Leipzig 1934.

Merkel: Strafprozeßrecht. Berlin, Wien 1931.

Mittermaier: Das deutſche Strafverfahren. 4. Aufl. I. Teil Heidelberg 1845, II. Teil Heidelberg 1846.

— Die Geſetzgebung und Rechtsübung im Strafverfahren. Erlangen 1856.

Naumann: Syſtem der ſtrafprozeſſualen Wiederaufnahme. Berlin-Grunewald 1932.

Pinoff: Rechtſprechung des Reichsgerichts in Strafſachen. 1. Bd. Berlin 1907.

Puchelt: Die Strafprozeßordnung für das Deutſche Reich. Leipzig 1881.

v. Rintelen: Der Strafprozeß. Berlin 1891.

Roſenfeld: Deutſches Reichsſtrafprozeßrecht. Berlin 1909.

Sauer, W.: Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart 1919.

Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.

Stenglein: Die Strafprozeßordnung für das Deutſche Reich. 2. Aufl. Nördlingen 1889.

Stier-Somlo: Artikel im Handwörterbuch der Rechtswiſſenſchaft. Bd. 1, S. 460. Berlin, Leipzig 1926.

Sundelin: Sammlung der neuen deutſchen Geſetze über GVG. und Strafverfahren. Berlin 1861.

Thilo: Die Strafprozeßordnung für das Deutſche Reich. Berlin 1878.

Ullmann: Lehrbuch des deutſchen Strafprozeßrechtes. München 1893.

Voitus: Kommentar StPO für das Deutſche Reich. Berlin 1877.

Zachariae: Handbuch des deutſchen Strafprozeſſes. I. Bd. Göttingen 1861, II. Bd. Göttingen 1868.

Zeitſchriften:

Juriſtiſche Wochenſchrift. (JW).
Die laufenden, jeweils angegebenen Band- und Seitenzahlen

Juriſtiſche Rundſchau (JRſch).

Das Recht (Recht).

Archiv für Strafrecht, begründet von Goltammer (GA).

Höchſtrichterliche Rechtſprechung (HRSpr).

Die ſtrafprozeſſualen Entſcheidungen der Oberlandesgerichte, herausgegeben v. Alsberg (Alsbg. Entſch.).

Deutſche Juſtiz.

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

I. Geſchichte des § 23 StPO und ſeine Entwicklung ſeit dem erſten Entwurf einer Deutſchen Straf-Prozeßordnung. Sinn und Zweck des § 23 StPO 1

II. Fälle des Abſatz 1 des § 23 StPO 8

A. Rechtsmittel im Sinne des § 23,1 StPO 8

B. Mitwirken bei einer Entſcheidung erſter Inſtanz im Sinne des § 23,1 StPO 14

III. Fälle des Abſatz 2 des § 23 StPO 20

A. Grundgedanken des § 23 Abſ. 2 StPO, insbeſondere . . . 20

B. Führung der Vorunterſuchung im Sinne des § 23,2 StPO . 21

C. Ausſchließung des Unterſuchungsrichters von den außerhalb der Hauptverhandlung ergehenden Entſcheidungen der Strafkammer . 30

D. „Sache“ im Sinne des § 23,2 StPO 34

E. Unterſuchungshandlungen nach Schluß der Vorunterſuchung . . 41

IV. Folgen der Mitwirkung eines nach § 23,1 oder 2 StPO ausgeſchloſſenen Richters 46

V. Schlußgedanken.
Aufgabe des § 23 StPO unter der heutigen Geſetzgebung . . . 49

§ 23 StPO.

Ein Richter, welcher bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entſcheidung mitgewirkt hat, iſt von der Mitwirkung bei der Entſcheidung in höherer Inſtanz kraft Geſetzes ausgeſchloſſen.

Der Unterſuchungsrichter darf in den Sachen, in welchen er die Voruntersuchung geführt hat, nicht Mitglied des erkennenden Gerichts ſein, auch nicht bei einer außerhalb der Hauptverhandlung erfolgenden Entſcheidung der Strafkammer mitwirken.

I. Geſchichte des § 23 StPO und ſeine Entwicklung ſeit dem erſten Entwurf einer deutſchen Strafprozeßordnung. Sinn und Zweck des § 23 StPO.

Ziel der Arbeit.

Der § 23 StPO hat die Ausſchließung eines Richters von der Ausübung ſeines Amtes unter beſtimmten Vorausſetzungen zum Gegenſtand. Er fällt ſomit in den Kreis derjenigen wichtigen Vorſchriften, denen im Intereſſe einer guten Rechtspflege die Aufgabe zufällt, im Volke das Vertrauen zu fördern, daß nur ſolchen Organen die Entſcheidung eines Prozeſſes überlaſſen wird, die unvoreingenommen und unbeeinflußt den Sachverhalt prüfen und das Urteil dementſprechend fällen.

In Theorie und Praxis haben ſich nun im Anſchluß an dieſe Vorſchrift viele einzelne Fälle und auch verſchiedene Meinungen über die Anwendbarkeit des § 23 StPO im einzelnen herausgebildet. Die nachfolgende Darſtellung will daher, in Anbetracht der Wichtigkeit dieſer für das Anſehen der Rechtspflege geſchaffenen Geſetzesbeſtimmung, eine umfaſſende Beſprechung der in § 23 Abſ. 1 und 2 liegenden Möglichkeiten geben. Sie will insbeſondere unterſuchen, auf welche Fälle der § 23 Anwendung finden kann und muß, um andererſeits die Fälle auszuſchließen, die von dieſer Regelung nicht betroffen werden. Hierfür iſt vor allem erforderlich, die Grundgedanken des § 23, ſeinen Sinn und Zweck herauszuſtellen und dieſe bei der Betrachtung der einzelnen Fälle ſtets im Auge zu behalten, da nur unter dieſem einheitlichen Geſichtspunkt die Behandlung der in einer Geſetzesvorſchrift liegenden Möglichkeiten vorgenommen werden kann.

Bevor wir jedoch in dieſer Hinſicht mit der Darſtellung der Grundgedanken und der verſchiedenen Fälle des § 23 StPO in ſeiner heutigen Faſſung beginnen, iſt es zum beſſeren Verſtändnis der Gegenwart auch hier notwendig, kurz auf die Geſchichte des Abſ. 1 und Abſ. 2 des § 23 StPO und ſeine Entwicklung ſeit dem Entwurf einer deutſchen StPO einzugehen.

Geſchichte des Abſatz 1 u. 2 des § 23 StPO.

Der Abſatz 1 des § 23 StPO ſchließt den Richter der unteren Inſtanz von der Mitwirkung bei der Entſcheidung der höheren Inſtanz aus.

Eine Beſtimmung dieſer Art war ſowohl dem alten deutſchen Gewohnheitsrecht als auch den Volksrechten unbekannt, da es im alten deutſchen Prozeß einen Inſtanzenzug noch nicht gab. Dieſer kannte vielmehr nur das Einholen der Rechtsbelehrung und insbeſondere das Urteilsſchelten. Das Urteilsſchelten, das auf der Stelle zu erfolgen hatte, ermöglichte es, daß an Stelle des von der Partei verworfenen Urteils bei einem anderen angeſehenen, aber gleichartigen Gericht, ein zweites Urteil geholt werden konnte. Erſt gegen Ende der fränkiſchen Zeit ſchieben ſich die früher nebeneinander beſtehenden Gerichte übereinander. Es entſteht der Inſtanzenzug von dem weniger angeſehenen Gericht zu dem angeſeheneren. Die Hofgerichte werden Appellationsgerichte.

Aber auch die nun folgenden Gerichtsordnungen des Mittelalters und der neueren Zeit bis in das neunzehnte Jahrhundert hinein enthalten keine dem Abſatz 1 des § 23 StPO entſprechende Beſtimmung, obwohl ſie an der Möglichkeit der Appellation feſthalten. Man muß annehmen, daß ſich eine derartige Beſtimmung zur damaligen Zeit erübrigte, da es einen ſchnellen Perſonenwechſel, wie wir ihn heute kennen, damals einmal ſchon aus praktiſcher Unmöglichkeit, aber auch deshalb nicht gab, weil das Appellationsgericht als Gericht des Hofes mit ganz anderen — in der Regel rechtsgelehrten — Richtern beſetzt wurde. Es kam alſo einfach nicht vor, daß ein Richter früherer Inſtanz inzwiſchen verſetzt in der höheren Inſtanz nochmals zu entſcheiden hatte.

So findet ſich z. B. auch in der preußiſchen Kriminalordnung von 1805 und dem StGB für Bayern von 1813 keine derartige Vorſchrift, obwohl dieſen Geſetzen das mit der Ausſchließung verwandte Inſtitut der Ablehnung eines Richters bekannt iſt [1]). Auch der code d'instruction criminelle von 1808 enthält z. B. keinen dem § 23, 1 StPO entſprechenden, allgemein gehaltenen Satz. Insbeſondere iſt nichts darüber geſagt, daß ein Richter früherer Inſtanz von der Entſcheidung des Caſſationshofs oder der Reviſionsinſtanz darüber, ob ein Rechtsmittel gegeben iſt, und dem im bejahenden Fall ſich anſchließenden Verweiſungsbeſchluß an ein Gericht früherer Inſtanz ausgeſchloſſen ſei.

Erſt die der Strafprozeßordnung unmittelbar vorausgehenden Gerichtsordnungen erklären den Richter, der in erſter Inſtanz mitgewirkt hat, für unfähig zur Mitwirkung in der höheren Inſtanz [2]).

Anders liegen die Verhältniſſe bei dem Abſ. 2 des § 23 StPO, der den Richter, der die Voruntersuchung geführt hat, von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung ausſchließt. Dieſe Beſtimmung geht

---

[1]) Preußen, KriminalO. v. 1805, § 47 ff.; Bayern, StGB v. 1813, Teil II, Art. 33; vgl. auch Lübeck GVG v. 1860, § 31 im Gegenſatz zu Lübeck StPO 1862, § 5.

[2]) Preußen, StPO 1867, § 24 Nr. 5; Öſterreich, StPO, 1850, § 80; Bayern, Entwurf v. 1870, Art. 90 Nr. 5; Baden, StPO 1864, § 24, 3; Hamburg, GVG 1869, § 3, 4; Lübeck, StPO 1862, § 5, 4.

zurück auf die alten deutschen Gerichtsverfassungen, nach denen dem Beamten, der dem Gericht vorsaß und die Verhandlung leitete, niemals auch die Urteilsfällung oblag. Aus dieser Trennung von Richtern und Urteilern bildete sich dann allmählich der Grundsatz des deutschen Strafverfahrens heraus, daß das untersuchende Gericht von dem urteilenden zu unterscheiden ist [3]). Dies zeigte sich als höchst zweckmäßig, denn es bildete sich bei dem untersuchenden Richter nur zu leicht ein Vorurteil für oder wider den Angeschuldigten, wodurch eine unbefangene Urteilsfällung nicht gewährleistet war. Daher beruht die deutsche Strafverfassung wie auch die französische darauf, daß in Straffällen der Untersuchungsrichter nicht selbst das Urteil fällt, sondern die gesamten Akten zum Urteil an das Obergericht einsendet.

Die der deutschen Strafprozeßordnung unmittelbar vorausgehenden Gerichtsordnungen enthalten durchweg eine diesem Grundsatz entsprechende Bestimmung und weichen nur in hier nicht wesentlichen Einzelheiten voneinander ab. So bestimmt z. B. u. a. der Code d'instruction criminelle von 1808 in Art. 257, daß der Untersuchungsrichter weder den Assissen präsidieren, noch dem Präsidenten zur Seite stehen darf. Desgleichen die österreichische StPO von 1850, § 225 und das Gesetz von 1853, § 53 [4]).

Entwicklung des § 23 StPO seit dem ersten Entwurf einer deutschen StPO.

Der Absatz 1 des § 23 StPO war bereits in dem ersten Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung vom Jan. 1873 enthalten. Die einzige Aenderung ist, daß der zweite Entwurf [5]) zwischen die Worte „Instanz" und „ausgeschlossen" „kraft Gesetzes" einschob. Im übrigen ist die Formgebung des Abs. 1 im ersten Entwurf die gleiche wie seine heutige Fassung [6]).

Der Abs. 2 des § 23 StPO lautete im ersten Entwurf der StPO:

> „Der Untersuchungsrichter kann in denjenigen Sachen, in welchen er die Voruntersuchung geführt hat, nicht Mitglied des großen und mittleren Schöffengerichts sein."

Der Zweite Entwurf der StPO [7]) setzte an die Stelle des Wortes „kann" das Wort „darf" und schloß den Untersuchungsrichter nicht nur als Mitglied des erkennenden Gerichtes, sondern auch als Mitglied des Voruntersuchungsgerichtes aus, indem er dem ersten Ent-

[3]) Mittermaier, a. a. O., § 37.

[4]) Bayern, Ges. v. 1848, Art. 14, Art. 231; Baden, GVG 1845, § 3, 4; Kurhessen, Ges. v. 1848, § 38; Württemberg, StPO v. 1848, Art. 39, 2; Hessen-Nassau, Ges. v. 1848, Art. 18; Sachsen, Ges. v. 1855, Art. 66.

[5]) nach Beschluß der vom Bundesrat eingesetzten Kommission.

[6]) Entwurf II, § 17; Motive zu diesem Entwurf, S. 23 ff.

[7]) Motive, S. 24 zu § 17.

wurf die Worte hinzufügte: „auch nicht bei einer Entscheidung der Strafkammer mitwirken".

Im Dritten Entwurf [8]) erhielt die bisherige Fassung der Sache nach keine Aenderung. In der Zeit zwischen dem 2. und 3. Entwurf wurden jedoch die mittleren und großen Schöffengerichte beseitigt, sodaß die Strafkammer sowohl erkennendes wie auch Untersuchungsgericht wurde. Daraus ergab sich die Neufassung des § 23 Abs. 2 StPO im dritten Entwurf, die keinerlei Aenderungen mehr erfuhr und mit seiner heutigen Fassung gleichlautend ist.

Es entspricht somit der § 23, 1 u. 2 in seiner heutigen Fassung dem Entwurf, wie er dem Reichstag zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme vorgelegt wurde.

In der ersten Lesung der vom Reichstag eingesetzten Kommission [9]) (R.J.K.) wurde jedoch der Antrag gestellt, als Zusatz zu dem damaligen § 17 — dem späteren § 23 —, folgenden dritten Absatz hinzuzufügen: „dasselbe gilt auch von den Richtern, die bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben" [10]). In der zweiten Lesung der R.J.K. wurde diese Fassung dem späteren § 23 zugefügt [11]).

Der Bundesrat erklärte sich jedoch gegen diesen Absatz 3, da seiner Durchführung wesentliche organisatorische Schwierigkeiten entgegenständen und er außerdem sachlich nicht gerechtfertigt sei [12]). Die Aufgabe des Richters bei der Erlassung des Eröffnungsbeschlusses sei eine durchaus andere als bei der Urteilsfällung. Bei letzterer soll über die Schuld des Angeklagten, bei jener Beschlußfassung jedoch nur darüber entschieden werden, ob ein hinreichender Grund vorhanden ist, die Anklage zur Hauptverhandlung zu bringen. Es könne daher keine Rede davon sein, daß der Richter, der am Eröffnungsbeschluß teilgenommen habe, für die Hauptverhandlung voreingenommen sei.

Diesen Erwägungen des Bundesrates wurde jedoch nicht stattgegeben. Der Reichstag nahm vielmehr in der 3. Beratung im Plenum [13]) den Abs. 3 in folgender von der R.J.K. vorgeschlagenen Neufassung an [14]):

> „An dem Hauptverfahren vor der Strafkammer dürfen mehr als zwei von denjenigen Richtern, welche bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt haben, und namentlich der Richter, welcher Bericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft erstattet hatte, nicht teilnehmen."

---

[8]) vom Bundesrat beschlossen nebst Motiven dem Reichstag zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme vorgelegt. Siehe Hahn a. a. O. S. 6, § 17 und 90.
[9]) Hahn a. a. O., S. 550.
[10]) Hahn a. a. O., S. 562.
[11]) Hahn a. a. O., S. 1518.
[12]) Hahn a. a. O., S. 1610.
[13]) Hahn a. a. O., S. 2037.
[14]) Hahn a. a. O., S. 1613.

Begründet wurde diese Fassung damit, daß organisatorische Bedenken zurücktreten müßten, wenn das Ansehen der Rechtspflege in Frage stehe. Das sei hier aber der Fall, da die Teilnahme des Richters am Eröffnungsbeschluß jedenfalls die Gefahr einer gewissen Voreingenommenheit in sich trage. Eine solche müsse aber vor allem deshalb vermieden werden, weil man die Berufung gegen die Entscheidung der Strafkammer beseitigt habe [15]).

Praktisch bedeutete dieser Absatz 3 des § 23 eigentlich nur, daß der Berichterstatter an der Hauptverhandlung nicht teilnehmen durfte, da die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht anders als auf Grund des Vortrages eines Berichterstatters ergehen kann und die Strafkammer bei dieser Entscheidung stets in der Zahl von drei Richtern zu beschließen hat.

Der Abs. 3 des § 23 wurde durch § 21 Abs. 1 der VO v. 4. Jan. 1924 wieder beseitigt, indem dieser vorschreibt:

> „Die Mitwirkung bei der Eröffnung des Hauptverfahrens bildet keinen Ausschließungsgrund für die Teilnahme am Hauptverfahren." [16])

Man hatte sich damit den vom Bundesrat schon bei der Beratung des Abs. 3 des § 23 StPO vorgetragenen Erwägungen angeschlossen, wodurch der § 23 StPO wiederum seine ihm im dritten Entwurf gegebene Fassung erhielt.

Sinn und Zweck des § 23 StPO.

Es war anfangs herausgestellt, daß der gesetzgeberische Grund für § 23 StPO im wesentlichen die Erkenntnis war, daß das Vertrauensverhältnis zwischen Richter und Volk schlechthin die Grundlage einer einem Kulturstaate entsprechenden Rechtspflege ist.

Allein nicht nur für die Schaffung des § 23 war diese Erkenntnis maßgebend. Die im dritten Abschnitt des ersten Buches unter dem Titel „Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen" behandelte Materie befaßt sich vielmehr in ihrer Gesamtheit damit, die Vertrauensbasis zwischen Richtern und dem Volk nach Möglichkeit zu sichern.

Aber auch hierdurch ist der Kreis der diesen Zweck verfolgenden Vorschriften noch nicht geschlossen. Denn auch die in der Gerichtsverfassung verankerten Grundsätze der Unabhängigkeit des Richters und der Ständigkeit der Gerichte, sowie die Bestimmungen über die dem Urteil vorausgehenden Beratungen (§§ 1 ff, 192 ff GVG), als auch die Regelung der Zuständigkeit entstanden aus denselben Erwägungen.

---

[15]) Hahn a. a. O., S. 1692/93.

[16]) Löwe-Rosenberg a. a. O., Anm. 9 zu § 23.

An Hand eines kurzen Vergleichs dieſer im Grunde denſelben Zweck verfolgenden, in ſich aber ſehr verſchiedenen Vorſchriften ſeien zunächſt einmal die allgemeinen Beſonderheiten des § 23 StPO herausgeſtellt, um dann die einzelnen § 23 allein betreffenden Fälle, die ſich in Theorie und Praxis entwickelt haben, aufzuzeichnen.

Die erwähnten Vorſchriften der GVG ſchaffen nur die allgemeine Grundlage, um einem Mißtrauen in die Rechtspflege generell den Boden zu entziehen. So macht z. B. § 2 GVG die Fähigkeit zum Richteramt in abstracto von der Erfüllung ganz beſtimmter Vorausſetzungen abhängig.

Im Gegenſatz dazu haben die vorher erwähnten Vorſchriften des dritten Abſchnitts im erſten Buch der Strafprozeßordnung, zu denen auch § 23 gehört, konkrete Sachlagen im Auge. Nach dieſen Vorſchriften verliert ein an ſich gemäß § 2 GVG zum Richteramt Befähigter in einem beſtimmten einzelnen Fall unter gewiſſen Vorausſetzungen die Fähigkeit zur Ausübung des Amtes. Es ſind hierbei zwei Gruppen zu trennen. Die eine umfaßt Fälle, die ſich durch eine abſtrakte Formulierung im einzelnen nicht erfaſſen laſſen, da ſie dem Bereich der unendlich vielgeſtaltigen perſönlichen Beziehungen des Richters zu den beteiligten Perſonen angehören und daher nur aus der individuellen Lage des Einzelfalles erkennbar ſind (iudex suspectus). Hier gibt das Geſetz dem Einzelnen ein Ablehnungsrecht, das innerhalb einer beſtimmten Friſt geltend zu machen iſt. (§ 24 ff StPO.)

Die andere Gruppe umfaßt die Fälle der §§ 22 und 23 StPO. Hier liegen ſolche Verhältniſſe vor, bei denen im Intereſſe der Strafrechtspflege ohne Rückſicht auf den einzelnen Fall ein allgemeiner Behinderungsgrund des Richters, in deſſen Perſon ſolche Verhältniſſe vorliegen, aufgeſtellt werden kann (iudex inhabilis). Ein ſolcher Richter darf zu keiner Zeit und in keiner Weiſe tätig werden, und der Ausſchließungsgrund iſt ohne Antrag von Amts wegen jederzeit zu berückſichtigen. Eine Prüfung, ob ſich der Richter durch das objektive Vorhandenſein eines ſolchen Grundes beeinfluſſen laſſen könnte — wie bei der erſten Gruppe — findet überhaupt nicht ſtatt, weil eben dieſe Beſorgnis gar nicht der geſetzgeberiſche Grund der den Ausſchließungsgrund enthaltenden Vorſchrift iſt.

Die Fälle des iudex inhabilis ergeben ſich nun vor allem als Folge perſönlicher Beziehungen zwiſchen Richter und Beſchuldigten bzw. Verletzten (§ 22 Ziff. 1, 2 u. 3 StPO). So verlangt ferner das Parteienprinzip eine ſtrenge Sonderung der Parteirollen von der Richtertätigkeit. (§ 22 Ziff. 4 und 5 StPO.)

Dem § 23 StPO liegen aber noch beſondere Erwägungen zu Grunde, die wiederum nach den beiden Abſätzen zu trennen ſind. Schon bei Einführung der Rechtsmittel bildete ſich der Grundſatz heraus, daß eine Nachprüfung der Entſcheidung nicht von den Richtern erfolgen kann, die bei der Entſcheidung ſelbſt mitgewirkt haben. Die Rechtsmittelinſtanz hat den Zweck, etwaige Fehler der erſten In-

ſtanz zu beſeitigen, um ſo für ein möglichſt gerechtes Urteil zu ſorgen. Dieſe Bürgſchaft wäre aber nicht gegeben, wenn die Rechtsmittelinſtanz mit denſelben Richtern beſetzt wäre, die die frühere Entſcheidung erlaſſen haben. Denn dieſe neigen leicht dazu, den einmal vertretenen Standpunkt — ſei es aus unrichtiger Beurteilung heraus, oder aber aus rein menſchlichem Rechtbehaltenwollen — beizubehalten. Eine einwandfreie Nachprüfung der Entſcheidung macht es daher erforderlich, daß dieſe durch ein neues Gericht erfolgt. Dieſer Gedanke, daß ein Richter ſich nicht ſelbſt verbeſſern oder kontrollieren ſoll, war übrigens ſchon der franzöſiſchen Kriminalordnung von 1808 nicht fremd, obwohl hier eine Ausſchließung eines Richters der unteren von der Mitwirkung in der höheren Inſtanz aus den S. 2 dargelegten Gründen unbekannt war. Art. 437 ff. bzw. 443 ff. beſtimmen nämlich, daß die Verweiſung von der Rechtsmittelinſtanz an die frühere Inſtanz, die bei den Caſſationsklagen wie auch in der Reviſionsinſtanz vorkam, in der Regel an einen anderen Gerichtshof als den, der das angefochtene Urteil erlaſſen hat, erfolgen ſoll, oder auch an ein anderes Gericht, als wozu der Inſtruktionsrichter gehört.

Weiter verlangt vor allem der zahlreichen Beſtimmungen der StPO [18]) zu Grunde liegende Grundſatz der „Unmittelbarkeit" des Strafverfahrens für die Aburteilung in der Hauptſache Richter, die ſich in voller Unbefangenheit und ohne jede ſelbſt unbewußte Voreingenommenheit lediglich auf Grund der Hauptverhandlung und aus dem in der Hauptverhandlung gewonnenen Geſamteindruck die Ueberzeugung von der Schuld oder Nichtſchuld bilden und das Urteil danach ſprechen. Dieſe wichtigſte Garantie ordnungsmäßiger Rechtſprechung würde aber fehlen, wenn bei einer Hauptverhandlung Richter mitwirken würden, bei denen ſich durch ihre Teilnahme als Richter im Laufe des Vorverfahrens in der Erinnerung ein anderes Bild bereits feſtgeſetzt hat, als ſie ohne eine ſolche frühere richterliche Tätigkeit lediglich auf Grund der Hauptverhandlung möglicherweiſe gewonnen hätten.

§ 23 StPO ſchließt daher ſowohl den Richter, der in einer früheren Inſtanz mitgewirkt (Abſ. 1), wie auch den Richter, der die Vorunterſuchung geführt hat (Abſ. 2), von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung aus. Es machen damit die beſonderen Gründe des § 23 im Gegenſatz zu denen des § 22 StPO den Richter nicht für die ganze Sache unfähig, ſondern nur für einen Teil derſelben, nämlich für die Mitwirkung bei der Entſcheidung in höherer Inſtanz (Abſ. 1) bzw. als Mitglied des erkennenden Gerichtes (Abſ. 2).

---

[18]) z. B. §§ 226, 229, 250, 252, 261 StPO.

II. Fälle des Abſatz 1 des § 23 StPO.

A. Rechtsmittel im Sinne des § 23,1 StPO.

In ſeiner heutigen Faſſung lautet der Abſatz 1 des § 23 StPO:

„Ein Richter, welcher bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entſcheidung mitgewirkt hat, iſt von der Mitwirkung bei der Entſcheidung in höherer Inſtanz kraft Geſetzes ausgeſchloſſen."

Wiederaufnahme des Verfahrens.

Nur die Mitwirkung bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entſcheidung alſo ſchließt den Richter in höherer Inſtanz aus. Unter „Rechtsmittel" ſind nun im Gegenſatz zu dem weiteren Begriff der Rechtsbehelfe [19]) nur ſolche Handlungen der Prozeßbeteiligten zu verſtehen, die darauf abzielen, daß eine noch nicht rechtskräftige richterliche Entſcheidung nachgeprüft werde [20]). Rechtsmittel in dieſem ſtrengen Sinne ſind alſo nur: die Beſchwerde, die Berufung und die Reviſion. Ein Richter, der bei einer Entſcheidung mitgewirkt hat, die durch einen Wiederaufnahmeantrag (§ 365 StPO) angefochten wird, wäre demnach nicht ausgeſchloſſen im Wiederaufnahmeverfahren, d. h. er könnte insbeſondere bei dem Beſchluſſe über die Zuläſſigkeit des Wiederaufnahmeantrages (§ 368 StPO) wie bei dem Beſchluſſe darüber, ob der Antrag begründet iſt (§ 370 StPO) und ebenſo bei der Erledigung der Hauptſache durch Urteil (§§ 371, 373 StPO) mitwirken.

Nach dem ſtrengen Wortlaut des § 23 Abſ. 1 StPO wäre gegen ſolche Mitwirkung nichts einzuwenden. Aber es muß doch zum mindeſten befremdend erſcheinen, daß bei dem Wiederaufnahmeverfahren, gerade wegen ſeiner Verwandtſchaft mit dem Berufungsverfahren (vergl. § 365 StPO), der ſonſt im Strafrecht herrſchende Grundſatz keine Geltung haben ſoll, daß der erkennende Richter ſich nicht ſelbſt verbeſſern oder kontrollieren ſoll und daß eine Nachprüfung einer Entſcheidung begrifflich nur durch andere Richter erfolgen kann. Die StPO beſtimmt vielmehr darüber hinaus, daß über die Zuläſſigkeit des Antrages gerade das Gericht zu entſcheiden hat, deſſen Urteil mit dem Antrag angefochten wird.

---

[19]) §§ 44 ff., 172, 235, 319,2, 329,2, 391,4, 346,2, 409 ff. StPO.
[20]) Löwe-Roſenberg a. a. O., Vorbemerkung 1 zum dritten Buch.

Die herrschende Lehre [21]) glaubt diesem Bedenken mit einem Hinweis auf die Motive [22]) erfolgreich begegnen zu können, in denen zum Ausdruck kommt, daß dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nicht die Bedeutung beizulegen ist, als sei ähnlich wie in einer höheren Instanz über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des früheren Urteils zu entscheiden. Der Antrag behaupte nicht, daß die Entscheidung nach der Sachlage, auf welche sie gegründet ist, als fehlerhaft sich darstelle; er verlange nicht eine nochmalige Entscheidung durch eine höhere Instanz auf Grund dieser Sachlage. Er berufe sich vielmehr auf neue Tatsachen oder Beweismittel, durch welche die Unrichtigkeit der Entscheidung nachträglich dargetan und die Notwendigkeit herbeigeführt werde, eine andere dem nunmehrigen wahren Sachverhalt entsprechendere Entscheidung zu erteilen [23]). Eine Kontrolle des ersten Urteils liege also somit überhaupt nicht vor, und es würde daher auch nicht, wie bei dem Rechtsmittel, der Fall eintreten können, daß der aufgehobene Richter den von ihm ursprünglich eingenommenen Standpunkt gegen die Meinung des aufhebenden Richters verteidigt und wenn möglich, ohne Rücksicht auf ein gerechtes Urteil, durchsetzt. Damit wären die Bedenken beseitigt, ein Richter also nicht deshalb von der Entscheidung über den Antrag noch von der neuen Verhandlung und Aburteilung ausgeschlossen [24]).

Demgegenüber weist von Hentig [25]) mit Recht darauf hin, daß es aus den Wiederaufnahmegründen der §§ 359, 362 Ziff. 1—3 StPO schon hervorgeht, daß recht wohl die unrichtige Beurteilung der Grund für die Anfechtung der Entscheidung durch den Wiederaufnahmeantrag sein kann.

Das geht insbesondere aus § 359 Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 2 StPO hervor. Nach diesen Vorschriften findet die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Angeklagten statt, wenn neue Tatsachen und Beweismittel beigebracht sind, welche allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen die Freisprechung oder geringere Bestrafung zu begründen geeignet sind bzw. die Anordnung einer Maßregel der Sicherung oder Besserung als unrichtig erscheinen lassen. Da der Richter nun gemäß § 155 StPO hinsichtlich der Benutzung und Beschaffung von Beweismaterial im Interesse der materiellen Wahrheitsforschung zu einer selbständigen Tätigkeit verpflichtet ist, so bleibt ihm der Vorwurf der unrichtigen Beurteilung der Tat im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens aus Gründen der Ziff. 5 des § 359 oder des Abs. 2 jedenfalls dann nicht erspart, wenn die jetzt vorgebrachten neuen Beweise oder Tatsachen solche waren, die

---

[21]) Löwe-Rosenberg a. a. O., Anm. 3 zu § 23; Stenglein a. a. O., Anm. 4 zu § 23; Keller a. a. O., Anm. 3 zu § 23; Puchel a. a. O., Anm. 4 zu § 23; Feisenberger a. a. O., Anm. 1 zu § 23; RGSt. 4/426 und JW. 1932 S. 2919 Nr. 68.

[22]) Hahn a. a. O., S. 266 § 325,1.

[23]) Holtzendorff II, S. 325.

[24]) Die hessische StPO v. 1860 enthielt übrigens in ihrem Art. 464 eine solche Bestimmung.

[25]) a. a. O., S. 209 ff.

er zu erforschen in der Lage war und gemäß § 155 StPO demzufolge hätte erforschen und verwerten müssen.

Nicht zutreffend ist es m. E. aber, wenn von Hentig weiter sagt: „Man übersieht hier, daß im ganzen Bereich des Strafrechts sonst ein Richter, der bei einer angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, von der richterlichen Urteilstätigkeit in höherer Instanz kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Dieser Grundsatz ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Prinzip der Unmittelbarkeit."

Schon bei der allgemeinen Besprechung des § 23 (S. 6—7) war herausgestellt, daß der Abs. 1 des § 23 nicht in erster Linie aus dem Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit entstanden ist. Auf diese u. a. von v. Hentig vertretene Ansicht wird, da sie hier nicht so von Bedeutung ist, später noch näher einzugehen sein (S. 15 ff). — Im übrigen aber begründet von Hentig seine Ansicht durchaus stichhaltig. Es ist von einem Richter, der auf seine Autorität mit Recht Wert legen muß, einfach zu viel verlangt, daß er sich vor den Vorgesetzten, vor den Verurteilten und vor einer allerdings eingeengten Oeffentlichkeit selbst „schelte." Zwar wird eine gerechte Entscheidung dadurch in etwa gewährleistet, daß gemäß § 372 StPO alle Entscheidungen, die aus Anlaß eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens von dem Gericht erster Instanz erlassen werden, mit sofortiger Beschwerde anfechtbar sind. Diese Möglichkeit des verbessernden Eingriffs in der Rechtsmittelinstanz besteht sogar in zweifacher Form, sowohl bei dem Beschluß über die Zulässigkeit wie auch über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrages. Aber bedeutet es nicht eine starke Erschütterung des Ansehens der Rechtsprechung, wenn, wie in der Praxis fast regelmäßig, die Zulassung von Wiederaufnahmeanträgen erst durch Beschluß in der Beschwerdeinstanz erfolgt oder sonst nur dann in der im § 367 StPO angeordneten Instanz, wenn so viele Jahre inzwischen vergangen sind, daß das Gericht in seinem Personenstand gewechselt hat und eine unpersönliche Stellungnahme gegenüber allen längst vergangenen Fehlern und längst entschwundenen Menschen möglich ist?

So war denn auch diese Frage in den Kommissionsberatungen über den Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung von 1911 [26]) Gegenstand der Verhandlung. Man konnte sich jedoch nicht dazu entschließen, einen Richter, der bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hatte, von der neuerlichen Entscheidung auszuschließen. In der Nachkriegszeit hat sich jedoch ein Umschwung in der allgemeinen Auffassung vollzogen, dem auch der Entwurf eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz nebst Begründung von 1929 Ausdruck verleiht, indem er die Vorschrift des § 367 StPO zwar bestehen läßt, aber dem § 23 folgenden zweiten Absatz geben will:

---

[26]) Verhandlungen des Reichstages Bd. 277 S. 3370 ff.

„Ein Richter, der bei einer durch einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens angefochtenen Entſcheidung oder bei einem die Tat betreffenden Urteil mitgewirkt hat, iſt von der Mitwirkung bei der Entſcheidung im Wiederaufnahmeverfahren kraft Geſetzes ausgeſchloſſen."

Dieſe Beſtimmung hat ihr Vorbild in § 21,4 der Wuchergerichtsordnung vom 13. Juli 1923 [27]) und in dem Art. I § 4 des Geſetzes vom 4. Juli 1925 betreffend die Wiederaufnahme gegenüber Urteilen der bayeriſchen Volksgerichte [28]).

Bei der heutigen Faſſung des § 23 bzw. des § 367 StPO iſt es zwar nicht möglich den Richter, der früher mitgewirkt hat, von der Mitwirkung im Wiederaufnahmeverfahren auszuſchließen. Es ſtände jedoch nichts im Wege, aus dem Sinn und Zweck des § 23 dasſelbe Ergebnis dadurch zu erreichen, daß man z. B. bei der Geſchäftsverteilung innerhalb des Gerichts dieſen Umſtand berückſichtigt, indem man es vermeidet, die Richter, die bereits bei der Entſcheidung mitgewirkt haben, mit der Wahrnehmung der neuen Verhandlung zu betrauen.

Zurückverweiſung an die erſte Inſtanz.

Aehnlich liegt der Fall bei der Zurückverweiſung an die erſte Inſtanz im Falle des § 328,2 StPO und an das frühere Gericht im Falle des § 354,2 StPO. Hier handelt es ſich noch viel weniger um ein neues, auf einer ganz anderen Beweisaufnahme beruhendes Urteil, ſondern vielmehr um eine Beſtätigung oder Abänderung der früheren Entſcheidung. Der Richter hat hier gegen ſeine bereits ausgeſprochene öffentlich bekannt gemachte Ueberzeugung anweiſungsmäß — denn er hat gemäß § 358,1 StPO die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung des Urteils zu Grunde gelegt iſt, auch ſeiner Entſcheidung zu Grunde zu legen — nach der Anſicht des höheren Richters zu urteilen. Das kann leicht zu einer Beugung der Richterperſönlichkeit führen und ſein Anſehen wie auch das Vertrauen zu ihm erſchüttern. In dem Prozeßordnungen der Länder von 1879 hat man dieſem Geſichtspunkt auch höchſte Aufmerkſamkeit geſchenkt. So geſchieht nach dem Code d'Instruction Criminelle von 1808 die Verweiſung ſeitens des Cassationshofes und der Reviſionsinſtanz grundſätzlich an einen anderen Gerichtshof als den, der das angefochtene Urteil erlaſſen hat [29]); nach dem Entwurf eines StGB für Bayern von 1870 [30]), wie auch nach der badiſchen Strafprozeßordnung von 1864 [31]), ſind von der neuen Hauptverhandlung jene Richter ausgeſchloſſen, die bei der erſten teilgenommen haben.

[27]) Wieder aufgehoben durch die Verordnung v. 20. März 1924.
[28]) Naumann a. a. O., § 12 Anm. 52; § 16 Anm. 24.
[29]) Art. 427 ff. bzw. Art. 340 ff.
[30]) Art. 90 Ziff. 5.
[31]) § 24,3.

Eine ſinngemäße Anwendung des § 23,1 StPO ſcheitert auch hier wieder an der äußeren Faſſung des Paragraphen. Dieſer ſpricht von einer Ausſchließung in der höheren Inſtanz, eine ſolche liegt hier nicht vor; aber auch in dem Falle nicht, wenn die Zurückweiſung an ein anderes Gericht erfolgen würde und einer der früheren Richter an dieſes inzwiſchen verſetzt wäre [32]). Auch ſteht es dem höheren Gericht nicht zu, für den einzelnen Fall eine ſolche Ausſchließung im Urteil anzuordnen.

Praktiſch hat das nun zur Folge, daß das zurückweiſende Gericht für den Fall, daß das Gericht erſter Inſtanz ſeinen früheren Fehler wiederholt, bei abermaliger Berufung ſelbſt erkennen muß, um das Verfahren zum Abſchluß zu bringen; hierzu iſt es nach § 328,2 StPO ſtets in der Lage. Im Falle der Reviſion müßte eine Verweiſung an ein anderes Gericht Platz greifen.

Dieſes Hin und Her der Entſcheidungen zeigt aber einleuchtend, daß es im Intereſſe des Anſehens der Rechtspflege im ſtärkſten Grade zu verwerfen iſt, daß bei einem Urteil Richter mitwirken, die aus ganz natürlichem und bei noch ſo ſtarker Objektivität unvermeidlichem Recht-behalten-wollen möglicherweiſe nicht die Entſcheidung fällen, die der Sachlage entſpricht. Es iſt doch dieſes Verbeſſern eigener richterlicher Tätigkeit in einem feineren Sinne ein Tätigwerden in sua causa, in der niemand Richter ſein ſoll (§ 22 StPO). Der Tatſache, daß es gegen dieſe Entſcheidung wiederum Rechtsmittel gibt, kann aus dem Grunde keine Bedeutung beigemeſſen werden, weil dadurch der das Anſehen der Juſtiz ſchädigende Erlaß der unrichtigen Entſcheidung nicht gehindert wird. Es wäre daher wohl zu empfehlen, daß die deutſche Strafprozeßordnung ſich der Regelung der früheren Strafprozeßordnungen wiederum anſchlöſſe, und bei der Zurückverweiſung einen neuen unbefangenen Richter urteilen ließe. Hierbei iſt allerdings zuzugeben, daß einer ſolchen Regelung organiſatoriſche Schwierigkeiten ſich in den Weg ſtellen, die nicht zu gering anzuſchlagen ſind. Dieſe Bedenken müßten aber zurücktreten, ſobald die Beſorgnis der Befangenheit des Richters begründet iſt.

Mitwirkung in höherer Inſtanz und dann in unterer Inſtanz.

Ganz anders liegt der Fall, wenn ein Richter, der an der höheren Inſtanz teilgenommen hat, nunmehr nach der Zurückverweiſung in der unteren Inſtanz mitwirkt. Gegen dieſes Mitwirken iſt ſowohl nach dem Wortlaut wie auch nach dem Sinn des § 23 Abſ. 1 StPO nichts einzuwenden.

Praktiſch könnte das z. B. werden, wenn ein Landgerichtsrat, der als Hilfsrichter bei dem Oberlandesgericht tätig war, wieder an das Landgericht zurücktritt.

[32]) GA 41/139; RGSt. 31/225; 65/41; Löwe Roſenberg a. a. O., Anm. 4 zu § 23; Feiſenberger a. a. O., Anm. 2 zu § 23; Naumann a. a. O., S. 169 § 39.

Beſchluß über die Wiederaufnahme des Verfahrens und die neue Hauptverhandlung.

Bennecke-Beling [33]) vertritt die Anſicht, daß der Richter, der bei dem Beſchluß über die Wiederaufnahme des Verfahrens mitgewirkt hat, z. B. durch Vernehmung uſw. von der Mitwirkung bei der neuen Hauptverhandlung ausgeſchloſſen ſei, denn der Wiederaufnahmebeſchluß ſei wie ein Beſchluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens anzuſehen. — Das iſt zunächſt einmal in der Allgemeinheit nicht richtig, ſondern trifft nur auf den Fall der Erneuerung der Hauptverhandlung in erſter Inſtanz zu. Nachdem aber der Abſatz 3 des § 23 StPO beſeitigt iſt, iſt dieſer Anſicht überdies jede Begründung entzogen. Einer Mitwirkung eines ſolchen Richters ſteht alſo nichts im Wege [34]).

Anordnung der Fortdauer der Unterſuchungshaft und die Mitwirkung in der Hauptverhandlung.

Löwe-Roſenberg äußert in der 18. Aufl. ſeines Kommentars zur StPO Bedenken darüber, daß der Richter, der den Haftbefehl erlaſſen oder die Fortdauer der Unterſuchungshaft angeordnet hat, von der Mitwirkung im Haftprüfungsverfahren und in der neuen Hauptverhandlung nicht ausgeſchloſſen ſei.

Es erübrigt ſich, auf dieſe Bedenken näher einzugehen, nachdem durch Geſetz vom 24. April 1934 § 115a eine neue Faſſung erhalten hat, wodurch das förmliche Haftprüfungsverfahren für den ganzen Anwendungsbereich der Strafprozeßordnung weggefallen iſt. Die Bedenken aber, die Löwe-Roſenberg bei der alten Faſſung des § 115a vorbringt, waren ſchon aus dem Grunde nicht ausſchlaggebend, weil das Haftprüfungsverfahren ſeiner ganzen Funktion nach kein Rechtsmittel war. Denn das Gericht hatte zu prüfen, ob der Verhaftete der im Haftbefehl bezeichneten Tat jetzt noch dringend verdächtig, ein Fluchtverdacht noch gerechtfertigt iſt, oder der Sachverhalt ſoweit geklärt iſt, daß Verdunkelungsverſuche keinen weiteren Erfolg mehr verſprechen. Die Prüfung des Gerichtes richtete ſich mithin auch unter der alten Faſſung des § 115,a gar nicht darauf, ob die Vorausſetzungen des Haftbefehls im Augenblick ſeiner Erlaſſung vorgelegen haben, dieſer alſo rechtmäßig verfügt wurde [35]).

In ſeiner neuen Faſſung bringt § 115a eine Pflicht zum Ausdruck, die von den mit Haftſachen befaßten Stellen auch ohne ausdrückliche Vorſchrift zu üben war. In jeder Lage des Verfahrens iſt darauf zu achten, ob die Fortdauer der Haft noch zuläſſig und notwendig iſt. Dieſe Pflicht der Nachprüfung liegt der nach Lage des Verfahrens ge-

[33]) a. a. O. S. 607 Anm. 5.
[34]) Anm. 3 zu § 23 a. a. O. Löwe-Roſenberg.
[35]) vgl. auch RGSt. 61/415.

rade zuſtändigen Stelle ob. Es macht dabei alſo keinen Unterſchied, ob der Richter den Haftbefehl bereits erlaſſen bzw. die Fortdauer der Unterſuchungshaft angeordnet hat oder nicht. § 23,1 kommt mithin nicht zur Anwendung.

Eröffnungsbeſchluß und höhere Inſtanz.

Ein Richter, der bei dem Eröffnungsbeſchluß mitgewirkt hat, iſt von der Mitwirkung in der höheren Inſtanz deshalb nicht ausgeſchloſſen [36]). Durch einen Abſatz 3 des § 23 war früher der Richter, der Bericht über den Antrag der Staatsanwaltſchaft erſtattet hatte, von dem Hauptverfahren vor der Strafkammer ausgeſchloſſen. Dieſe Ausſchließung des Berichterſtatters beruhte auf einem ungerechtfertigten Mißtrauen, inſofern ſie davon ausging, daß die Mitwirkung des Richters bei dem das Hauptverfahren eröffnenden Beſchluß ſeine Unbefangenheit bei der Hauptverhandlung gefährde, und daß dieſes namentlich von demjenigen Richter gelte, der bei der Beſchlußfaſſung als Berichter tätig geweſen ſei.

Nach der S. 5 erwähnten Streichung des § 23 Abſ. 3 und der damit beſtätigten Unbegründetheit der Beſorgnis des Geſetzgebers beſteht nun auch weiter kein Hindernis, daß ein Richter, der bei Erlaß des Eröffnungsbeſchluſſes aber nicht bei Erlaſſung des angefochtenen Urteils mitgewirkt hat, in der höheren Inſtanz mitwirkt [37]).

B. Mitwirken bei einer Entſcheidung erſter Inſtanz im Sinne des § 23,1 StPO.

Teilnahme als Ergänzungsrichter.

Die Teilnahme an der Verhandlung als Ergänzungsrichter hat nach übereinſtimmender Meinung von Rechtſprechung und Schrifttum die Ausſchließung eines ſolchen Richters von der Mitwirkung in höherer Inſtanz nicht zur Folge, da der Ergänzungsrichter, ſolange er nicht für den ausfallenden Richter einſpringt, lediglich der Verhandlung beizuwohnen hat. An der Entſcheidung als ſolcher nimmt er nicht teil. Ja ſogar für den Fall, daß ein Ergänzungsrichter entgegen § 193 GVG an den Beratungen der dem Urteil vorausgehenden Entſcheidung teilgenommen hat, iſt ein Ausſchließungsgrund nach § 23,1 StPO nicht gegeben [38]).

Denn es kommt für § 23,1 StPO nicht darauf an, ob ſich der Richter, der an der Entſcheidung in der höheren Inſtanz teilnimmt, bereits

[36]) RGSt. 65/41; Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 9 zu § 23; Feiſenberger, Anm. 2 zu § 23, 1; HRSpr. Bd. 2 S. 1

[37]) § 192 Abſ. 2 GVG.

[38]) RGSt. 65/41; Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 2 zu § 23.

ein Urteil über den Fall gebildet hat oder nicht. Man hat sich vielmehr streng an den Wortlaut zu halten, der von einem Mitwirken einer Entscheidung spricht. Wesentlich ist allein die nach außen hin in Erscheinung tretende Tätigkeit des Richters, die Aeußerung in der Beratung sowie das Abgeben der Stimme. Unwesentlich ist dagegen die innere Teilnahme des Richters, selbst wenn diese so eingehend ist wie bei einem Ergänzungsrichter. Denn der Ergänzungsrichter nimmt doch nicht teil als bloßer Zuhörer, sondern eben als Richter. Die Vorträge der Prozeßbeteiligten, die Aussagen der Zeugen wie die Darlegungen der Sachverständigen werden Gegenstand seiner Wahrnehmungen; er nimmt auch sonst an der Beweisaufnahme teil und hat überhaupt in der Verhandlung dieselben Rechte und Pflichten wie ein Richter. So ist ihm z. B. gemäß § 240, 1 StPO zu gestatten, an Zeugen und Sachverständige Fragen zu stellen, an einer Augenscheinseinnahme teilzunehmen usw.[39]).

Diese Fälle zeigen deutlich, daß das Prinzip der Unmittelbarkeit, wie u. a. von Hentig [40]) und Mamroth [41]) meinen — abgesehen davon, daß in der Berufungsinstanz an sich schon die Mittelbarkeit in weiterem Umfange zulässig (§ 325) und in der Revisionsinstanz die Regel ist — bei § 23 Abs. 1 StPO überhaupt nicht zur Diskussion steht. Obwohl der Ergänzungsrichter unmittelbar an der Verhandlung teilnimmt und sich so ein vollständiges Urteil über die betreffende Sache bilden kann — und das ist ja gerade der Zweck seiner Teilnahme — bleibt er von der Verhandlung in höherer Instanz nicht ausgeschlossen. Denn der Ergänzungsrichter hat sich in keiner Weise durch ein Bekanntgeben seiner Meinung, z. B. durch Abgeben seiner Stimme, nach außen hin festgelegt. Ein mit dieser Aeußerung in Erscheinung tretendes natürliches Rechtbehaltenwollen kommt für ihn also keinesfalls in Frage. Das aber allein ist entscheidend für § 23, 1 StPO. Das Prinzip der Unmittelbarkeit wird also in diesem Falle überhaupt nicht berührt. Dieses bedeutet vielmehr, daß die Urteilsgrundlagen durch eigene sinnliche Wahrnehmung der an der Entscheidung beteiligten Personen und nicht mittelbar durch Akten usw. gewonnen werden sollen. Das Prinzip der Unmittelbarkeit befaßt sich folglich mit ganz anders gearteten Fällen, und es wäre nicht einmal verletzt in einem Falle, in dem § 23, 1 Anwendung finden müßte, wenn nämlich der Ergänzungsrichter sowohl an der Entscheidung erster Instanz als auch an der Entscheidung höherer Instanz tatsächlich mitwirken würde; denn auch jetzt hatte er die Urteilsgrundlagen durch eigene sinnliche Wahrnehmung gewonnen.

Ein Richter ist nur ausgeschlossen, wenn er an den die Entscheidung betreffenden Beratungen und Abstimmungen mitgewirkt hat,

---

[39]) RGSt. 27/172; 67/276.
[40]) a. a. O. S. 209 ff.; vgl. auch S. 10 dieser Arbeit.
[41]) Gelegentl. der Erörterung des anschl. zu besprechenden Falles. JW. 1925, S. 794 Nr. 7.

wobei es natürlich gleichgültig ist, ob er für oder gegen die Entscheidung stimmte [42]). Der Ergänzungsrichter, der nicht eingetreten ist, fällt mithin nicht unter § 23, 1 StPO.

Anordnung der kommissarischen Zeugenvernehmung und ähnliche Fälle.

Der Richter, der an der Anordnung der kommissarischen Zeugenvernehmung (§ 223 StPO), aus irgend welchen Gründen aber nicht an der Entscheidung selbst mitgewirkt hat, ist nicht nach § 23, 1 StPO ausgeschlossen [43]).

Die Anordnung der kommissarischen Zeugenvernehmung erfolgt unter den in § 223 StPO gegebenen Voraussetzungen nicht wie im § 219 StPO durch eine Verfügung des Vorsitzenden, sondern durch einen Beschluß des Gerichtes, in der Regel vor, aber auch während der Hauptverhandlung. Nach der Entscheidung des Reichsgerichts [44]) wird durch die Teilnahme an einem solchen Beschluß der Richter für die höhere Instanz nicht unfähig zur Mitwirkung, auch wenn diese Zeugenvernehmung in der zum Urteil führenden Hauptverhandlung verwertet werden sollte und tatsächlich durch Verlesung des Protokolls [45]) Verwertung gefunden hat.

Der Entscheidung des Reichsgerichts ist vollauf zuzustimmen, die in der JW (von Mamroth geübte) Kritik geht dagegen fehl. Wie schon im vorigen Fall dargelegt, kommt es für § 23 Abs. 1 StPO gar nicht darauf an, daß der Richter durch die Anordnung der kommissarischen Vernehmung sich über die Erheblichkeit dieser Beweisaufnahme und damit über die Sache selbst ein Urteil bildet. Maßgebend für § 23 Abs. 1 StPO ist allein, ob der Richter an der Entscheidung durch Stimmabgabe teilgenommen und dadurch seine Meinung nach außen hin kundgetan hat. Durch die Anordnung der kommissarischen Zeugenvernehmung hat der betreffende Richter diese Voraussetzung nicht erfüllt, seiner Mitwirkung in der Rechtsmittelinstanz steht mithin nichts im Wege.

Aus demselben Grunde ist ein Richter, der an einem Beweisbeschluß nach § 244 StPO teilgenommen hat, nicht deshalb ausgeschlossen von der höheren Instanz [46]). Noch viel weniger aber derjenige Richter, der die Entscheidung vorbereitete, sei es durch Erhebungen oder einen Bericht, oder der Richter, der eine Beweisaufnahme vorgenommen hat [47]). Letzterer ist schon aus dem Grunde

[42]) In gleichem Sinne die österreich. StPO § 69 Nr. 2 „von der Verhandlung über Rechtsmittel gegen alle Entscheidungen, bei welchen sie selbst in einer unteren Instanz an der Abstimmung teilgenommen haben". Glaser a. a. O., S. 114, Anm. 12.

[43]) Löwe-Rosenberg a. a. O., Anm. 2 zu § 23,1; Feisenberger a. a. O., Anm. 2 zu § 23.

[44]) in JW. 1925, S. 794 Nr. 7.

[45]) § 251 Abs. 2 StPO.

[46]) RMilG 11/258.

[47]) z. B. nach §§ 162 oder 165 StPO.

nicht ausgeschlossen, da eine solche Beweisaufnahme allenfalls als vorweggenommener Teil der Hauptverhandlung angesehen werden kann, in Wirklichkeit aber niemals Teil der Hauptverhandlung wird. So ist auch die Mitwirkung bei einer Entscheidung, die die Grundlage der angefochtenen Entscheidung bildet, kein Grund für die Ausschließung des Richters von der Mitwirkung in der höheren Instanz; z. B. die Eröffnung der Voruntersuchung, die gemäß § 184 StPO durch eine Verfügung ausdrücklich auszusprechen ist.

Ebenso sind das Gericht, welches einem anderen Rechtshilfe leisten und an Stelle dieses Gerichtes Untersuchungshandlungen vornehmen soll (ersuchter Richter), oder das mit Untersuchungshandlungen beauftragte Mitglied des mit der Sache befaßten Gerichtes (beauftragter Richter), wegen ihrer z. B. gemäß § 223 StPO zur Vorbereitung der Hauptverhandlung oder gemäß § 233 StPO vorgenommenen Vernehmungen des Angeklagten bzw. Zeugen oder Sachverständigen, nicht von der Mitwirkung bei der Entscheidung höherer Instanz ausgeschlossen [48]), weil in diesen Handlungen keine Mitwirkung bei der Entscheidung, wie es § 23 Abs. 1 verlangt, gegeben ist.

Durch die Teilnahme an all diesen Akten ist die Voraussetzung der Mitwirkung des Richters an der Entscheidung des § 23 Abs. 1 StPO nicht erfüllt; aber auch sachlich sind durch die Teilnahme in höherer Instanz eine Selbstkontrolle und die damit verbundenen Gefahren nicht als vorliegend zu erachten.

Der Grundsatz des § 23 Abs. 1 bildet aber noch weiter einen Grund dafür, daß für Beschwerden gegen Verfügungen des beauftragten Richters nicht das beauftragende Gericht zuständig ist. Denn der beauftragte Richter ist der oben gegebenen Begriffsbestimmung nach selbst Mitglied des Gerichts und würde gemäß § 23, 1 StPO bei der Entscheidung über die Beschwerde nicht mitwirken können.

Ablehnung eines Richters wegen der Tätigkeit als solcher.

Die oben angeführte Entscheidung RGSt 65/41 (S. 14) befaßt sich nach der Feststellung, daß eine Mitwirkung als Richter nach § 23, 1 für den Ergänzungsrichter nicht gegeben sei, weiter mit der Frage, ob vom Standpunkt des Angeklagten gesehen, der Ergänzungsrichter allein wegen seiner Tätigkeit als solcher wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann.

Hierzu ist grundsätzlich zu sagen, § 23 StPO spricht die Unvereinbarkeit gewisser richterlicher Funktionen aus; schon daraus aber ergibt sich, daß der Gesetzgeber im übrigen die verschiedenen Funktionen strafrichterlichen Amtes als miteinander vereinbar anerkennt.

[48]) RGSt. 4/91; 65/41; Löwe-Rosenberg a. a. O. Anm. 2 zu § 23.

Es kann mithin, außer wenn ein Fall des § 23, 1 vorliegt, ein Richter auch nicht einfach wegen früherer richterlicher Tätigkeit abgelehnt werden. Das iſt nur dann anders, wenn das Ablehnungsgeſuch mit der Art, wie der Richter früher tätig war, begründet iſt [49]).

Mitwirken in der Beſchwerdeinſtanz; Entſcheidung über Ablehnungsgeſuch in höherer Inſtanz.

Ein Richter, der in der Beſchwerdeinſtanz teilgenommen hat, hat nicht im Sinne des § 23 Abſ. 1 an der Entſcheidung erſter Inſtanz mitgewirkt, iſt alſo nicht ausgeſchloſſen von der Mitwirkung bei der Entſcheidung höherer Inſtanzen [50]).

Als praktiſcher Fall käme hier in Frage eine Beſchwerde gegen die Entſcheidung des erkennenden Gerichts betr. eine Verhaftung, Beſchlagnahme oder Straffeſtſetzung (§ 305 StPO); denn nur in dieſen Fällen ſind ja Entſcheidungen des erkennenden Gerichts, die der Urteilsfällung vorausgehen, ganz gleich ob ſie während der Hauptverhandlung oder nach dem Eröffnungsbeſchluß, während der Vorbereitung der Hauptverhandlung, ergehen, mit Beſchwerde anfechtbar. Ein ſolcher in der Beſchwerdeinſtanz entſcheidender Richter entſcheidet damit aber nicht in der Sache ſelbſt, ſondern wie die gegebenen Beiſpiele deutlich zeigen, nur über einen kleinen Teilausſchnitt der ganzen Sache oder über Nebenfragen.

Von einer Selbſtkontrolle kann alſo nicht dei Rede ſein, denn in der Berufungsinſtanz wird über den in der Beſchwerdeinſtanz entſchiedenen Teil nicht nochmals entſchieden.

Aehnlich liegt die Frage, ob ein Richter, der in erſter Inſtanz mitgewirkt hat, bei der im Laufe der Berufungsinſtanz notwendig werdenden Entſcheidung über ein Ablehnungsgeſuch mitwirken kann [51]).

Dieſe in der Regel auf Grund der Akten ergehende Entſcheidung des Gerichtes befaßt ſich mit dem Sach- und Streitſtand überhaupt nicht, ſondern hat lediglich die Frage der Befangenheit oder Unbefangenheit des Richters zum Gegenſtande. Eine Nachprüfung der Entſcheidung erfolgt alſo nicht, und damit entfällt ſchon § 23, 1 StPO.

Mitwirken in einer früheren Inſtanz.

Zum Ausſchluß eines Richters gemäß § 23, 1 StPO genügt jede Mitwirkung bei der Entſcheidung in e i n e r früheren Inſtanz. Würde alſo z. B. die Staatsanwaltſchaft gegen ein erſtinſtanzliches Urteil Berufung einlegen und dann der Angeklagte von ſeinem ihm verbleibenden Recht eines Rechtsmittels Gebrauch machen und gegen das Be-

[49]) Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 1 b zu § 23.
[50]) JW. 1933 S. 444 Nr. 33,3.
[51]) JRſch. 3 Nr. 664; Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 2 zu § 23.

rufungsurteil Revision einlegen, so ist nach in Schrifttum und Rechtsprechung übereinstimmender Meinung der Richter der ersten Instanz auch ausgeschlossen von der Mitwirkung in dieser Revisionsinstanz, obwohl die Berufungsinstanz die Schuldfrage selbständig und unabhängig von den Feststellungen der ersten Instanz prüft.

Das wird aus einem Vergleich der §§ 367 und 23, 1 StPO hergeleitet [52]). Es wird gesagt, § 23 spreche im Gegensatz von § 367 nicht von „der", sondern von „einer" durch Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung. Diese Begründung scheint mir nicht überzeugend. Vielmehr ergibt sich die Richtigkeit der Auffassung, abgesehen von dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 schon daraus, daß die Anfechtung durch Berufung und die durch Revision das Urteil in ganz verschiedenen Teilen angreifen können, sodaß auch in der Revisionsinstanz Teile der erstinstanzlichen Entscheidung der Beurteilung unterliegen. Eine teilweise Anfechtung kann z. B. vorliegen, wenn das Urteil mehrere selbständige Delikte betrifft, oder bei Vorliegen eines Deliktes das Urteil nur betreffs der Schuldfrage oder betreffs der Straffrage angefochten wird; jeder Prozeßbeteiligte kann seine Beschwerde auf die Straffestsetzung beschränken, und zwar mit der Wirkung, daß der Schuldspruch der Prüfung des höheren Richters entzogen ist und von diesem als rechtskräftig behandelt werden muß usw.

Hieraus ergibt sich, daß in § 23, 1 StPO nicht nur der Richter, der bei dem angefochtenen Berufungsurteil, sondern auch der Richter der ersten Instanz bei der Revision ausgeschlossen ist. Das läßt sich auch mit der Wortfassung des Absatzes 1 in Einklang bringen.

---

[52]) GA 73/66.

III. Fälle des Abſ. 2 des § 23 StPO.

A. Grundgedanken des § 23 Abſ. 2 insbeſondere.

Der Abſatz 2 des § 23 StPO lautet in ſeiner heutigen Faſſung:

„Der Unterſuchungsrichter darf in den Sachen, in welchen er die Voruntersuchung geführt hat, nicht Mitglied des erkennenden Gerichts ſein, auch nicht bei einer außerhalb der Hauptverhandlung erfolgenden Entſcheidung der Strafkammer mitwirken."

Die Beſtimmung des § 23,2 StPO, die wie ſie S. 2 ff. erörtert, in ihrem Grundgedanken aus dem gemeinen Recht hervorgegangen iſt, erhält ihre beſondere Bedeutung durch das den Strafprozeß betreffs der Hauptverhandlung beherrſchende Prinzip der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit. In der Regel wird ſich nämlich der Unterſuchungsrichter über die Sache ſchon in der Voruntersuchung eine beſtimmte Anſicht gebildet haben. Seine Mitwirkung in der Hauptverhandlung würde mithin einen Verſtoß gegen dieſes Prinzip bedeuten, das mit Recht daran feſthält, daß der urteilende Richter eine richtige und genügende Auffaſſung von dem Sachverhalt, von Ausnahmen abgeſehen, in der Regel nur aus der unmittelbaren Verhandlung gewinnen kann.

Eine derartige, durch perſönlichen Eindruck gewonnene Beurteilung der Sachlage würde aber durch das Vorurteil, das der Unterſuchungsrichter bereits während der Voruntersuchung in der Regel erhalten hat, nicht mehr möglich ſein, zum mindeſtens aber ſtark beeinträchtigt werden. Dieſes iſt allein der Grund, warum § 23,2 den Richter, der die Voruntersuchung geführt hat, von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung ausſchließt [53]).

Wenn nicht auf dem gleichen, ſo liegt die weitere Beſtimmung des § 23, Abſ. 2, daß der Unterſuchungsrichter auch von der Entſcheidung der Strafkammer, die außerhalb alſo auch vor der Hauptverhandlung ergeht, ausgeſchloſſen iſt, doch auf ähnlichem Gebiet.

Die Entſcheidungen der Strafkammer außerhalb der Hauptverhandlung ſollen gemäß § 76 GVG in der Beſetzung von drei Mitgliedern des Gerichtes einſchließlich des Vorſitzenden erfolgen. Wenn nun einer dieſer Richter die Voruntersuchung geführt hat, würde er auf Grund der genauen Kenntnis des Sachverhaltes innerhalb der Strafkammer einen überragenden Einfluß gewinnen. Es wäre dann nicht die Gewähr gegeben, daß die Entſcheidung der

[53]) Hahn a. a. O., S. 89 ff.; Glaſer a. a. O., S. 113 ff.; JW. 1930, S. 925.

Strafkammer aus der freien Ueberzeugung und Erwägung aller Beteiligten heraus entſtanden iſt, alſo eine mit großer Sicherheit als billig anzuſprechende Entſcheidung darſtellt. Vielmehr würde die Entſcheidung im weſentlichen auf der Beeinfluſſung durch den die Sache ſchon von der Voruntersuchung her kennenden Richter beruhen.

Um dieſer Gefahr entgegenzutreten und das Zuſtandekommen einer möglichſt gerechten Entſcheidung zu ſichern, ſchließt § 23,2 StPO den Unterſuchungsrichter auch von den Entſcheidungen der Strafkammer außerhalb der Hauptverhandlung aus [54]).

Dieſe Geſichtspunkte werden in der nun folgenden Beſprechung der einzelnen in Theorie und Praxis betreffs § 23,2 StPO aufgeworfenen Fragen noch eingehendere Behandlung finden.

B. Führung der Voruntersuchung im Sinne des § 23,2 StPO.

§ 23,2 fordert zunächſt einmal, daß der Unterſuchungsrichter die Voruntersuchung geführt hat. An Hand von einigen Fällen ſoll dargeſtellt werden, was hier unter „Führung der Voruntersuchung" im Sinne des § 23,2 zu verſtehen iſt.

Eröffnen der Voruntersuchung.

Hat der Unterſuchungsrichter die Voruntersuchung nur eröffnet und hat er dann aufgehört Unterſuchungsrichter zu ſein, ehe er tatſächlich Akte der Voruntersuchung vorgenommen hat, ſo trifft auf ihn weder der Wortlaut des § 23,2 StPO noch die in den Motiven dargelegte Abſicht desſelben zu [55]).

Der nach § 61 GVG beſtellte — und ebenſo der nach § 186 StPO vom Präſidenten des RG beſtellte [56]) Unterſuchungsrichter hat gemäß § 184 StPO die Aufgabe, die Voruntersuchung einmal zu eröffnen und dann zu führen. Das Geſetz trennt alſo zwiſchen dieſen beiden Akten. Die Eröffnung der Voruntersuchung iſt in jedem Falle von dem Unterſuchungsrichter durch eine beſondere Verfügung auszuſprechen, und zwar auch dann, wenn ſie auf Grund eines gerichtlichen Beſchluſſes erfolgt (§ 180 StPO); ebenſo bedarf eine ſpätere Ausdehnung der Voruntersuchung auf neue Angeſchuldigte oder auf neue Straffälle einer ausdrücklichen Verfügung. Aus dieſer Trennung, die das Geſetz zwiſchen „Eröffnen" und „Führen" der

[54]) Vgl. S. 30 ff. dieſer Arbeit.

[55]) RGSt. 9/285; Hahn-Stegemann a. a. O., S. 89; Glaſer a. a. O., S. 113 ff.; Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 7 a zu § 23; Stenglein a. a. O., Anm. 5 zu § 23; GA 70/138.

[56]) Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 5 b zu § 23.

Voruntersuchung macht, ergibt sich, daß ein solcher Richter nicht unter § 23,2 fällt, da das wesentliche Moment, das „Führen" der Voruntersuchung, nicht vorliegt.

So ist überhaupt ein Richter, der zum Untersuchungsrichter bestellt ist, allein durch diese Bestellung noch nicht von der Wahrnehmung anderer richterlicher Funktionen ausgeschlossen. Die Gefahr, daß sich ein Richter, der die Voruntersuchung nur eröffnet hat, bereits ein abschließendes Bild von der Sachlage machte, liegt in diesem Falle eben gar nicht vor.

Es ist dies von besonderer Wichtigkeit für den Fall des § 185 Satz 1 StPO. In diesem Fall wird nur die Führung der Voruntersuchung, nicht deren Eröffnung, dem Amtsrichter übertragen; letztere hat auch hier der Untersuchungsrichter vorzunehmen. Weitere Funktionen hat der Untersuchungsrichter in einem solchen Falle nicht. Es ist dieser nach dem vorher Gesagten also auch nicht von der Hauptverhandlung ausgeschlossen.

Amtsrichter gemäß § 185, 1 StPO.

Wird die Führung der Voruntersuchung gemäß § 185 Satz 1 StPO einem Amtsrichter übertragen, so ist dieser bezüglich der prozessualen Konsequenzen, die an die Führung der Voruntersuchung geknüpft sind, dem Untersuchungsrichter gleichzustellen; denn der Amtsrichter tritt in jeder Hnsicht an die Stelle des Untersuchungsrichters. Alle den letzteren betreffenden Bestimmungen finden Anwendung. Es muß natürlich ein solcher Amtsrichter die Voruntersuchung auch tatsächlich führen, d. h. Untersuchungshandlungen vornehmen, damit § 23 Abs. 2 StPO auf ihn Anwendung finden kann.

Stellvertreter des Untersuchungsrichters.

Auch der Stellvertreter des Untersuchungsrichters — soweit er als solcher tätig war — ist dem ordentlichen gleichzustellen, obwohl die Vorschrift des § 23, 2 StPO sich auf den „Untersuchungsrichter" beschränkt, der die Voruntersuchung geführt hat[57]). Das Gesetz leitet die Unfähigkeit der Mitwirkung nicht aus dem Amte an und für sich, sondern aus der in diesem geführten Funktion und der daraus vermöge des Gesetzes präsumierten Voreingenommenheit für oder gegen den Angeklagten her[58]).

Es kommt also genau ebenso wie bei dem ordentlichen Untersuchungsrichter auf die Art der Tätigkeit an, wobei in der Regel angenommen werden kann, daß dieser die Untersuchungshandlungen nicht vornahm, ohne sich über die Lage der Sache und den Plan der

[57]) vgl. hierzu die ausdrückliche Vorschrift der badischen GVG v. 1845, § 3, Abs. 4.

[58]) RGSt. 4/342, 18/269; GA 58/455; John a. a. O., S. 322 ff.

Unterſuchung genaue Kenntnis verſchafft zu haben. Gerade dieſe Kenntnis, und nicht allein die Aufnahme von Beweiſen, die ſonſt auch andere ausſchließen müßte, iſt es aber, die die dem Geſetze zugrunde liegende Präſumption der Voreingenommenheit mit Recht begründet [59]).

Amtsrichter gemäß § 185, 2 StPO.

Aus dem gleichen Grunde iſt aber der Amtsrichter, der gemäß § 185 Satz 2 zur Vornahme einzelner Unterſuchungshandlungen durch den Unterſuchungsrichter erſucht iſt, n i c h t von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung ausgeſchloſſen.

Hier hat der Amtsrichter keine Kenntnis von der ganzen Sachlage, er ſtellt nicht ſelbſtändig einen Unterſuchungsplan auf, ſondern nimmt nur anweiſungsgemäß einzelne Handlungen vor, ohne Kenntnis des Zuſammenhangs, alſo ohne die Möglichkeit einer voreingenommenen Urteilsbildung. Die Unterſuchungshandlungen, welche der Amtsrichter nach § 185, 2 StPO vornimmt, ſind vielmehr prozeſſualiſch zu vergleichen mit denjenigen Unterſuchungshandlungen, die der Amtsrichter im Vorbereitungsverfahren gemäß § 162 StPO möglicherweiſe vorzunehmen hat [60]).

Erſuchen des Amtsgerichts. Das Aktenſtudium insbeſondere.

Ein Richter dagegen, der z. B. als Stellvertreter des Unterſuchungsrichters lediglich ein anderes Amtsgericht erſucht, den Angeſchuldigten über die wider ihn erhobenen Anſchuldigungen unter Vorhalt verſchiedener im vorangegangenen Ermittlungsverfahren erhobener Zeugenausſagen zu vernehmen, iſt gemäß § 23, 2 StPO von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung uſw. ausgeſchloſſen [61]).

Die Entſcheidung ſagt, die Beſorgnis der Befangenheit könne nicht von der Hand gewieſen werden, wo die getroffene Verfügung eine Prüfung des Akteninhalts und der Materie der Sache vorausſetzte, und will damit ſagen, daß es nicht ſo weſentlich iſt, daß, wie hier, nur e i n e Maßnahme — das Erſuchen des Amtsgerichts um Vernehmung — getroffen wurde. Falſch wäre es, wenn man ein zu ſtarkes Gewicht auf die Prüfung des Akteninhalts legen, die Worte der Entſcheidung alſo ſo auslegen würde, als ob nach Anſicht des RG ſchon eine Prüfung des Akteninhalts genüge, um den § 23, 2 StPO zur Anwendung zu bringen. Man muß ſicher zugeben, daß auch ſchon ein Aktenſtudium einen beſtimmten Eindruck hinterläßt, von dem freizukommen, immerhin ein gewiſſes Maß von Objektivität erforderlich macht.

---

[59]) anderer Meinung Keller, Anm. 6 zu § 23.

[60]) Stenglein a. a. O., N 5 zu § 23; vgl. JW. 1930 S. 925. Anderer Meinung Keller a. a. O. N 6 zu § 23.

[61]) RGSt. 28/358.

Das Gesetz aber geht davon aus, daß nicht allein schon die Aktenkenntnis, sondern darüber hinaus erst die aus der Aktenkenntnis hervorgegangene Tätigkeit und die damit gegebene Stellungnahme zu den Ergebnissen des Vorverfahrens geeignet sei, die Unbefangenheit des Richters gegenüber den Ergebnissen der Hauptverhandlung zu beeinträchtigen und damit das Prinzip der Unmittelbarkeit des Verfahrens zu verletzen [62]).

Auf der anderen Seite ist daran festzuhalten, daß ein vom Gericht beauftragter Richter, der bestimmte oder selbst unbestimmte umfangreiche Beweiserhebungen nach einem vom Gericht selbst festgestellten Plan vornehmen soll, durch die Vornahme dieser allein wiederum nicht nach § 23, 2 StPO ausgeschlossen ist [63]). Denn außer dem Beitrag zur Sachgestaltung, der in der unmittelbaren Erforschung der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Tat besteht, ist, um die Besorgnis der Befangenheit im Sinne des § 23, 2 annehmen zu können, noch erforderlich, daß der Richter u n a b h ä n g i g von der Weisung eines anderen nach e i g e n e m P l a n e vorgeht. Der Untersuchungsrichter kann zwar seine Tätgkeit nur auf Grund eines Antrages der Staatsanwaltschaft (§ 179 StPO) beginnen. Nachdem er sie aber einmal begonnen hat, ist seine Tätigkeit eine selbständige. Er nimmt von Amts wegen alle diejenigen Beweiserhebungen und sonstigen Untersuchungshandlungen vor, die er für erforderlich erachtet und bestimmt die Reihenfolge der einzelnen Akte. Das Moment des selbständigen Handelns ist also neben der auf Erforschung gerichteten Tätigkeit der wesentlichste Punkt, der den Untersuchungsrichter als solchen kennzeichnet und durch das er gerade und erst zu einem nach § 23 Abs. 2 StPO von weiteren Entscheidungen ausgeschlossenen wird.

Es „führt" also ein Richter die Untersuchung nicht dadurch, daß er lediglich die Akten studiert und sich einen Plan gemacht hat, aber auch nicht dadurch, daß er ohne wesentliche Aktenkenntnis und ohne eigenen Plan z. B. als beauftragter Richter selbst umfangreiche Beweiserhebungen vornimmt. Der Ausschließungsgrund nach § 23, 2 StPO ist nur dann gegeben, wenn diese beiden Funktionen in der Person des Untersuchungsrichters zusammenfallen [64]), d. h. nach § 23, 2 ist der Richter ausgeschlossen, der als Untersuchungsrichter sich einen eigenen Plan für sein Vorgehen entworfen hat u n d nun nach diesem Plane Handlungen vornimmt, die auf die Aufklärung des Sachverhaltes in seinen wesentlichsten Punkten gerichtet, als Untersuchungshandlungen im strengen Sinne des Wortes anzusehen sind.

Würde man das Aktenstudium oder die Vornahme der umfangreichen Beweiserhebungen allein schon genügen lassen, um den Richter nach § 23, 2 StPO auszuschließen, so würde das unmögliche prak-

[62]) RGSt. 40/155.

[63]) Feisenberger a. a. O., Anm. 8 zu § 23; Stenglein a. a. O., N. 5 zu § 23; RGSt. 30/ 400.

[64]) Entscheidung des 2. Senats v. 11. 5. 1933 in JW. 1933, S. 1663 ff.; RGSt. 18/269.

tiſche Folgen, vor allem organiſatoriſcher Art, haben. Aber § 23, 2 StPO hat ſeinem ganzen Sinne nach nur die Fälle im Auge, bei denen ſich die Gefahr der Voreingenommenheit beſonders ſtark und allgemein zeigt. Das Geſetz und insbeſondere § 23 können unmöglich, und wollen auch nicht, jeden einzelnen Fall erfaſſen, der vielleicht der in § 23 behandelten Vorunterſuchung in ſeinen Auswirkungen ähnlich iſt.

Es darf daher nicht befremden, daß Akte, welche die gleiche praktiſche Bedeutung haben wie die Akte der Vorunterſuchung, nicht unter § 23, 2 StPO fallen, denn es kommt nicht auf die größere oder geringere Wichtigkeit der Erhebungen, ſondern darauf an, ob der, welcher ſie vornimmt, die ganz eigenartige Stellung des Unterſuchungsrichters einnimmt, da dieſe eben in beſonderer Weiſe geeignet iſt, infolge der mit ihr verbundenen umfaſſenden Durchdringung des Falles die ſoeben erörterten Mängel im Strafverfahren herbeizuführen.

Die anderen ähnlichen Fälle laſſen ſich im Gegenſatz zu dem Fall der Vorunterſuchung auch auf andere Weiſe in rechte Bahnen leiten, ſo z. B. durch die ganz ſelbſtverſtändliche Objektivität, mit der der Richter an die ihm zur Aburteilung vorliegende Sache heranzutreten hat. In dem S. 23 erwähnten Fall der Entſcheidung des Reichsgerichts Straſſachen 28/358 war das Reſultat des Aktenſtudiums und lag die Aufſtellung des ſelbſtändigen Unterſuchungsplanes der Lage des Falles nach eben nur in dem Erſuchen um Vernehmung, womit der Unterſuchungszweck gemäß § 190 StPO möglicherweiſe ſogar ſchon erreicht ſein konnte. Es ſtellt ſich dieſe Maßnahme alſo als weſentlicher Akt der Vorunterſuchung dar, und der betreffende Richter fällt mithin unter § 23, 2 StPO.

Eröffnen der Vorunterſuchung in Verbindung mit Anordnung der Fortdauer der Unterſuchungshaft.

Nicht anders zu entſcheiden iſt der Fall, wenn der Richter, der die Vorunterſuchung eröffnet hat, in Verbindung damit die Fortdauer der Unterſuchungshaft anordnet, oder wenn ein Richter an einem während der Vorunterſuchung durchgeführten Haftprüfungsverfahren mitgewirkt hat.

Auf den letzteren Fall beſonders einzugehen erübrigt ſich, nachdem das Haftprüfungsverfahren beſeitigt iſt. In Bezug auf den erſten Fall haben ſich jedoch zwei gegenſätzliche Meinungen gebildet. Streitig iſt hierbei vor allem, ob die Verfügung der Fortdauer der Unterſuchungshaft ſeitens des Unterſuchungsrichters bereits als eine „Führung der Vorunterſuchung“ im Sinne des § 23, 2 anzuſehen iſt.

Eine Anſicht [65]) ſtellt ſich auf den Standpunkt, daß bei der großen Bedeutung, welche die Verlängerung der Unterſuchungshaft für

[65]) Löwe-Roſenberg 18. Aufl., Anm. 7 a zu § 23; Glaſer a. a. O., S. 113 ff.; Kritik der RGSt. 61/415 in JW. 1928, S. 1144 Nr. 18.

den Betroffenen habe, eine Fortdauer der Haft nicht formularmäßig verfügt werden könne. Es müsse bei der Beschlußfassung hierüber der Schuld-, Flucht- und Kollisionsverdacht ebenso sorgfältig geprüft werden wie bei der Beschlußfassung über den Erlaß des Haftbefehls. Dem Entschluß zur Eröffnung der Voruntersuchung und insbesondere zur Anordnung der Haftfortdauer gehe stets eine ernsthafte Befassung mit dem Fall, und zwar vom Standpunkte des Untersuchungsrichters, voraus. Diese innere Stellungnahme gegenüber Tat und Täter hindere den erkennenden Richter, völlig unbeschwert in die Hauptverhandlung zu gehen.

Demgegenüber[66]) ist aber zunächst einmal darauf hinzuweisen, daß die Bestimmungen über die Verhaftung einen besonderen Abschnitt bilden, auch im Abschnitt über die Voruntersuchung nicht erwähnt sind, also rein formell schon mit dieser nichts zu tun haben. Nach § 124, 2 StPO ist zwar auch der Untersuchungsrichter während der Voruntersuchung zur Verhaftung usw. befugt. Ein Akt der Führung der Voruntersuchung kann deshalb aber in diesen Handlungen noch nicht gesehen werden. Vor allem aber war der gesetzgeberische Grund für § 23, 2 — wie oben bereits erörtert —, die ganz besondere Stellung zur Sache, die der Untersuchungsrichter einzunehmen hat, soweit er die Voruntersuchung führt. Die Stellung des Richters, der über die Fortdauer der Untersuchungshaft zu entscheiden hat, zur Sache ist dagegen mit der des Untersuchungsrichters nicht zu vergleichen. Das ergibt sich schon daraus, daß der die Fortdauer der Untersuchungshaft anordnende Richter sich nur viel oberflächlicher mit der Sache befassen kann und weit davon entfernt ist, diese Entscheidung erst nach gründlicher Aufklärung des Sachverhaltes, wie sie der Untersuchungsrichter vorzunehmen hat, zu treffen. Er bildet sich zwar auch ein Urteil über die Stärke des Schuldverdachtes, trotzdem liegt die Gefahr der Voreingenommenheit hier in der Regel nicht vor, da eine solche Entscheidung auf einer mehr summarischen Beurteilung der Sachlage beruht und keineswegs endgültig ist, sondern jederzeit abgeändert werden kann und muß.

So ist auch der am Eröffnungsbeschluß teilnehmende Richter, der ebenfalls über die Wahrscheinlichkeit der Schuld des Täters zu entscheiden hat, nicht mehr von der Hauptverhandlung ausgeschlossen. Es kann bei diesem Vergleich nicht ins Gewicht fallen, daß ein besonderer Grad der Wahrscheinlichkeit im Falle des Eröffnungsbeschlusses nicht vorzuliegen braucht.

Dann aber zeigt auch die Neufassung des § 115a, daß die Entscheidung über die Untersuchungshaft nicht eine solche ist, die einem Richter, z. B. dem Untersuchungsrichter, besonders zusteht. Es soll vielmehr jeder für die Sache gerade zuständige Richter jederzeit von Amts wegen, und zwar unabhängig von seinen sonstigen Aufgaben, darauf achten, ob die Fortdauer der Haft zulässig und notwendig ist (§ 124, 1 in Verbindung mit § 115a StPO).

[66]) RGSt. 9/285; 61/415; GA 70/138; Stenglein a. a. O., N. 5 zu § 23; D. Richt.Zg. 20 Nr. 74; JW. 1923 Nr. 7 S. 19.

Man muß es daher ablehnen, daß der Richter, der die Voruntersuchung eröffnet und zugleich die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet hat — ohne sonst eine Untersuchungshandlung vorgenommen zu haben, denn dann könnte er an der Entscheidung des Gerichtes an sich schon nicht teilnehmen — allein aus dieser seiner richterlichen Tätigkeit heraus nach § 23, 2 StPO von der Hauptverhandlung ausgeschlossen ist.

Erste Vernehmung durch den Untersuchungsrichter.

Wie sehr aber alles auf den einzelnen Fall abzustellen ist, zeigen zwei weitere Beispiele. Die erste nach Eröffnung der Voruntersuchung erfolgende Vernehmung des Angeschuldigten durch einen Richter schließt diesen nicht notwendig von der weiteren Entscheidung aus [67]). Der Richter hatte z. B. während der Voruntersuchung den kurz vorher eingelieferten Angeschuldigten zwar verantwortlich vernommen und war also insoweit als Untersuchungsrichter tätig. Aber es lag darin noch keine Führung der Voruntersuchung im Sinne des § 23, 2, obgleich er sowohl nach eigenem Entschluß vorging wie auch eine auf Erforschung der Tat gerichtete Handlung vornahm. Denn der Untersuchungsrichter muß in einer den Sachverhalt mindestens in beschränktem Umfang aufklärenden Weise tätig sein. Nur dann kann vernünftigerweise von einer Besorgnis der Befangenheit gesprochen werden. Die vorliegende Vernehmung war aber nur als eine im Sinne des § 114 b StPO anzusehen — zumal der Angeschuldigte später noch wiederholt verhört wurde —; sie klärte als erste und daher nur oberflächliche Vernehmung den Sachverhalt auch nicht in beschränktem Umfange auf, was auch schon aus der Notwendigkeit weiterer Vernehmungen hervorgeht. Der die Vernehmung führende Richter ist also nicht nach § 23, 2 StPO ausgeschlossen.

Anders wäre das nur dann, wenn bereits diese Vernehmung den Sachverhalt soweit erhellte, daß die Bildung eines voreingenommenen Urteils möglicherweise vorliegen konnte. In einem solchen Falle wäre natürlich der Richter gemäß § 23, 2 StPO ausgeschlossen.

Beschluß zur Herbeischaffung von Beweismitteln.

Abzulehnen ist daher auch die Meinung, die Glaser [68]) vertritt, indem er sagt, der Beschluß, gewisse Beweismittel in der Voruntersuchung herbeizuschaffen, z. B. die Ladung von Sachverständigen trage den Charakter der Führung der Voruntersuchung, weil insbesondere diese Beschlüsse nur aus dem Studium der Aktenlage hervorgehen können. Er nimmt nur die Akte aus, die nur rein zufällig in die Voruntersuchung fallen, aber diese nicht unmittelbar betreffen.

[67]) GA 51/193.
[68]) a. a. O. S. 113 ff.

Das Aktenſtudium allein macht den Unterſuchungsrichter nicht voreingenommen im Sinne des § 23, 2 StPO. Aber ſelbſt durch den dazukommenden oder aus dem Aktenſtudium entſpringenden Beſchluß auf Ladung von Sachverſtändigen oder Herbeiſchaffen ſonſtiger Beweismittel wird das Tatbeſtandsmoment des § 23, 2 StPO, die „Führung" der Vorunterſuchung, noch nicht erfüllt. Denn wenn überhaupt, dann könnten doch erſt die Vernehmungen für den Sachverhalt gewiſſe Aufklärung bringen, würden alſo erſt dieſe Unterſuchungshandlungen im eben beſprochenen Sinne darſtellen. Die Vermutung allein aber, die betreffenden Beweismittel würden den Sachverhalt erhellen, vermag eine die Hauptverhandlung bzw. die Beſchlußfaſſung außerhalb der Hauptverhandlung beeinträchtigende Voreingenommenheit des betreffenden Richters nicht herbeizuführen. Dieſer iſt alſo nicht nach § 23, 2 StPO ausgeſchloſſen.

Veranlaſſung der Aufnahme von Beweiſen.

Es iſt aber zu beachten, daß § 23, 2 StPO nicht fordert, daß der Unterſuchungsrichter alle erforderlichen Unterſuchungsakte ſelbſt vornimmt, um eine Führung der Vorunterſuchung durch ihn annehmen zu können. Ein Richter vielmehr, der nicht ſelbſt Unterſuchungshandlungen direkt vornahm, aber doch die zu erhebenden Beweiſe ermittelt, deren Aufnahme veranlaßt und ſich demnächſt über das Beweisergebnis ſchlüſſig gemacht hat, iſt dennoch nach § 23, 2 StPO ausgeſchloſſen, denn er hat die Vorunterſuchung geführt. Das Aufſuchen und Sammeln derjenigen Tatſachen, die geeignet ſind, die Wahrheit oder Unwahrheit der geltend gemachten Beſchuldigung darzutun, erzeugt in dem Unterſuchungsrichter ſchon ein beſtimmtes Bild von der den Beſchuldigten zur Laſt gelegten Tat und trübt damit die für die Urteilsfindung notwendige Unbefangenheit [69]).

Es iſt überhaupt für § 23, 2 StPO nicht erforderlich, daß der Unterſuchungsrichter die ganze Vorunterſuchung führt. Es genügt auch ſchon eine teilweiſe Führung, um ihn von weiteren gerichtlichen Handlungen als kraft Geſetzes ausgeſchloſſen zu betrachten. Nur müſſen die Unterſuchungsakte ſo weſentlich ſein, daß ſie als Erfordernis der „Führung" der Vorunterſuchung erfüllen, alſo eine ſo eingehende Beſchäftigung mit der Sache bedingen, daß die Gefahr einer Voreingenommenheit im Bereiche der Möglichkeit liegt. So ſicher z. B. der Erlaß eines Haftbefehls von Seiten des Unterſuchungsrichters, die Anordnung einer Ladung oder die Aufnahme eines Antrages des Angeſchuldigten für ſich allein nicht hierunter fällt, ſo kann andererſeits unter Umſtänden die Vornahme einer Vernehmung durch den Unterſuchungsrichter — wenn ſie weſentlich iſt und nach eigenem Plane erfolgte — ſchon für einen Ausſchließungsgrund nach § 23, 2 StPO genügen [70]).

[69]) GA 39/63; Feiſenberger Anm. 6 zu § 23 a. a. O.; Keller Nr. 7 zu § 23 a. a. O.
[70]) RGSt. 21/285; 18/269; Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 7 b zu § 23.

Vernehmung über den Antrag auf Zulaſſung eines Wahlverteidigers und ähnliche Fälle.

Die Vernehmung eines Angeſchuldigten während der Vorunterſuchung über einen Antrag auf Zulaſſung eines Wahlverteidigers — die Entſcheidung darüber fällt gemäß § 138 StPO das „Gericht" während der Vorunterſuchung, alſo nicht der Unterſuchungsrichter, ſondern die Strafkammer — ſtellt für ſich keine Unterſuchungshandlung dar, wie ſich ſchon aus dem Inhalt der Vernehmung ergibt [71]).

Ebenſo wenig iſt die Vernehmung über einen Antrag des Unterſuchungsgefangenen auf Lieferung von Schreibmaterial eine Unterſuchungshandlung; abgeſehen davon, daß der generelle Vorenthalt von Schreibmaterial einem Unterſuchungsgefangenen gegenüber mit der Vorſchrift des § 116 StPO im Widerſpruch ſtehen dürfte [71]).

Die gemäß § 116 StPO vom Richter getroffenen Maßnahmen, die den mündlichen und ſchriftlichen Verkehr des Verhafteten mit anderen Perſonen betreffen, ſind alle keine weſentlichen Unterſuchungshandlungen im Sinne des § 23, 2 StPO. Sie ſind alle auch nicht in beſchränktem Maße geeignet, eine Aufklärung des Sachverhaltes herbeizuführen, dienen dieſem Zweck vielmehr nur mittelbar, indem ſie in erſter Linie nur Ordnungsvorſchriften ſind, wie auch eine Verdunkelung verhindern ſollen. Solche Maßnahmen ſind z. B. die Ueberwachung des Briefverkehrs, die Verfügung, wodurch die Beförderung eines Briefes nicht geſtattet, irgendeine Sendung für den Angeſchuldigten zurückgewieſen wird, oder die Ueberwachung einer Unterredung des Angeſchuldigten [72]). Aus gleichem Grunde ſind keine Unterſuchungshandlungen die vom Richter angeordnete Aufbewahrung beſchlagnahmter Wertpapiere (§ 105 ff StPO) ſowie die Anordnung der Vorlegung und Ablieferung von Beweisſtücken (§ 95 StPO), oder die Anordnung einer Ladung des Angeſchuldigten [73]); ebenſo nicht die Beſtimmung eines Termins zur Vernehmung des Angeſchuldigten (§ 133 StPO) oder die Verfügung eines Vorführungserſuchens [74]) (§ 134 StPO); ferner iſt in der von einem Beiſitzer in Vertretung des Unterſuchungsrichters an den Verteidiger gemachten Mitteilung über die Wiedereröffnung der Unterſuchung, in der Nichtgewährung der Akteneinſicht [75]) oder in der Aufnahme vereinzelter Erklärungen zu Protokoll [76]), die Vornahme eines weſentlichen Aktes der Vorunterſuchung, als eine Führung derſelben, nicht zu finden.

---

[71]) RGSt. 2/314; GA 70/138; Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 7 a zu § 23.
[72]) Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 7 a zu § 23.
[73]) RGSt. 21/285.
[74]) JW. 1923 S. 19 Nr. 7.
[75]) Recht 1912, Nr. 3160.
[76]) John a. a. O., S. 323 ff.

Unterſuchungshandlungen nach § 191 StPO.

Wenn ein Unterſuchungsrichter gemäß § 191 StPO in dringenden Fällen Unterſuchungshandlungen vornimmt, ſo kommt eine Ausſchließung für ihn gemäß § 23, 2 StPO in dieſer ausgedehnten Sache dennoch nicht in Frage. Denn dieſe Unterſuchungshandlungen haben nicht den Charakter einer gerichtlichen Vorunterſuchung; ſie ſind vielmehr prozeſſualiſch zu vergleichen mit den gemäß § 165 StPO auch vom Amtsrichter vorzunehmenden Unterſuchungshandlungen.

Vorlage der Akten an die Strafkammer; Ueberſendung an die Staatsanwaltſchaft.

Die Vorlage der Akten an die Strafkammer, die der Unterſuchungsrichter auf Grund einer Haftbeſchwerde des Angeſchuldigten, der er nicht ſtattgeben will, vornimmt [77]), bedeutet ebenfalls keinen Akt der „Führung" der Vorunterſuchung, wie ſich aus der Beſprechung der vorigen Fälle ohne weiteres ergibt [78]).

Desgleichen liegt in der Ueberſendung der Akten an die Staatsanwaltſchaft mit der Anfrage, ob dieſe noch weitere Anträge zu ſtellen beabſichtigt — ſo z. B. im Falle des § 191 StPO der Ausdehnung der Vorunterſuchung auf eine nicht bezeichnete Perſon oder Tat, die einen Antrag der Staatsanwaltſchaft gemäß § 179 StPO erfordert — keine „Führung" der Vorunterſuchung, dieſe Tat oder Perſon betreffend; dieſe ſoll vielmehr erſt nach erfolgtem Antrag beginnen, und die Anfrage ſelbſt gründet ſich nicht auf einer Wahrſcheinlichkeit des Verdachtes, ſondern lediglich auf den Verdacht der Geſetzesverletzung. Von einer Voreingenommenheit dieſes Richters kann mithin nicht geſprochen werden [79]).

C. Ausſchließung des Unterſuchungsrichters von den außerhalb der Hauptverhandlung ergehenden Entſcheidungen der Strafkammer.

Sinngemäße Ergänzung des Abſ. 2 des § 23 StPO.

Der Unterſuchungsrichter iſt aber ferner auch ausgeſchloſſen von außerhalb der Hauptverhandlung ergebenden Entſcheidungen der Strafkammer in Sachen, in denen er die Vorunterſuchung geführt hat; insbeſondere iſt er ausgeſchloſſen von allen Beratungen über die Eröffnung des Hauptverfahrens oder der Vorbereitung der Hauptverhandlung, wie auch von den der Hauptverhandlung nachfolgenden Entſcheidungen wie Berufung oder Reviſion. Damit iſt aber der

[77]) §§ 305, 306,2 StPO; § 73 GVG.
[78]) Löwe-Roſenberg a. a. O., § 23 Anm. 7 a.
[79]) Löwe-Roſenberg a. a. O., § 23 Anm. 7 a.

Zweck des § 23, 2 StPO noch nicht erfüllt. Die Motive [80a]) begründen den Absatz 2 des § 23 StPO auch folgendermaßen:

> „Es kommt noch hinzu, daß bei Beschlüssen, welche lediglich auf Grund der Akten ergehen, erfahrungsgemäß der mit letzteren am genauesten bekannte Untersuchungsrichter leicht einen überwiegenden Einfluß auf die Entscheidung ausübt, wenn ihm eine Mitwirkung bei dieser eingeräumt ist."

Hieraus folgt, daß die Worte des Absatzes 2: „die Voruntersuchung geführt hat" nicht so zu verstehen sind, als ob der Untersuchungsrichter erst nach Führung der Voruntersuchung, also nicht während dieser von der Mitwirkung bei den Strafkammerbeschlüssen ausgeschlossen sei, sondern vielmehr der Untersuchungsrichter gerade auch während der Voruntersuchung an derartigen Beschlüssen nicht mitwirken darf; das ergibt sich schon daraus, daß die Strafkammer Beschwerdeinstanz über den Untersuchungsrichter ist (§ 73 GVG), somit schon aus § 23, 1 StPO eine Mitwirkung ausgeschlossen wäre. Der Abs. 2 ist daher sinngemäß durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

> „Der Untersuchungsrichter darf in den Sachen, in welchen er die Voruntersuchung führt oder geführt hat, nicht . . ." [80b])

In ähnlicher Weise regelten die der Strafprozeßordnung vorausgehenden Gesetze diese Materie. Nach ihnen war der Untersuchungsrichter in der Regel wohl Mitglied der Kammer und wurde zu den Beratungen auch hinzugezogen, hatte aber kein Stimmrecht [81]). Andere dagegen wieder ließen den Untersuchungsrichter voll teilnehmen an den Beratungen und Abstimmungen der Kammer und schlossen ihn nur aus dem Prinzip des § 23, 1 StPO von den Beschwerden über seine Verfügungen aus [82]).

Beschluß über die Ablehnung der Eröffnung der Voruntersuchung oder über die Uebertragung der Untersuchung auf den Amtsrichter.

Es folgt daraus aber andererseits, daß der Untersuchungsrichter z. B. an den Beschlüssen, durch welche der Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt wird und ebenso an denjenigen, durch welche die Führung einem Amtsrichter übertragen wird [83]), teilnehmen darf. Denn insoweit hat er als Untersuchungsrichter die Voruntersuchung noch nicht geführt, die notwendige Voraussetzung des § 23, 2 StPO ist also nicht gegeben. Auch war vorher bereits erwähnt

---

[80a]) Motive a. a. O., S. 90; Keller a. a. O., Nr. 10 zu § 23 StPO.; Feisenberger a. a. O., Anm. 4 zu § 23 StPO.; RGSt. 2/209.

[80b]) Löwe-Rosenberg a. a. O., Anm. 6 zu § 23.

[81]) StPO Hannover 1848, § 7; Sachsen 1855, Art. 66.

[82]) Kurhessen, Ges. v. 1848, § 38; Sachsen-Altenburg StPO 1854, Art. 13,4.

[83]) §§ 180, 185 Satz 1 StPO., desgl. § 181,1 StPO und § 197,2 StPO.

(S. 21), daß der zum Unterſuchungsrichter lediglich beſtellte Richter hierdurch allein nicht gehindert iſt, richterliche Geſchäfte am Landgericht wahrzunehmen [84]).

Entſcheidung über Ablehnungsgeſuch anſtelle des Abgelehnten.

Weiter ergibt ſich aber aus dem Grundſatz, daß der Unterſuchungsrichter von der Tätigkeit der Strafkammer als beſchließenden Gerichts, während er die Voruntersuchung führt — und von der Strafkammer als beſchließenden, und von der jedes erkennenden Gerichts, wenn er ſie geführt hat — kraft Geſetzes ausgeſchloſſen iſt, daß der Unterſuchungsrichter an der Entſcheidung über ein Ablehnungsgeſuch anſtelle des Abgelehnten nicht teilnehmen darf [85]). Zwar wird nicht bei allen derartigen Entſcheidungen die Voreingenommenheit eines mitwirkenden Unterſuchungsrichters eine Rolle ſpielen, da eine Entſcheidung über ein Ablehnungsgeſuch ſich nicht immer mit der Sache ſelbſt zu befaſſen braucht. Die Möglichkeit einer durch den Unterſuchungsrichter beeinflußten Entſcheidung dieſer Art iſt jedoch nicht von der Hand zu weiſen, ſodaß das Feſthalten an dem Grundſatz als gerechtfertigt erſcheint.

Entſcheidung über das ſichere Geleit.

Die Entſcheidung RGSt 59/100 ſagt in Bezug auf § 23, 2 StPO, daß ein Richter, der während der Voruntersuchung an der das ſichere Geleit ablehnenden Entſcheidung der Strafkammer (§ 295 StPO) teilgenommen hat, dadurch nicht die Voruntersuchung ganz oder teilweiſe geführt habe, alſo nicht ausgeſchloſſen ſei von der jetzt ſtattfindenden Hauptverhandlung. Die Entſcheidung begründet das damit, daß die Entſcheidung über die Erteilung ſicheren Geleits zu den in jeder Lage des Verfahrens dem „Gericht" vorbehaltenen Maßnahmen gehöre; ſelbſt wenn aber eine ſolche Entſcheidung während der Voruntersuchung in Frage käme, ſtelle ſie daher eine richterliche Tätigkeit dar, die außerhalb der dem Unterſuchungsrichter durch § 184 StPO zugewieſenen Führung der Voruntersuchung liege.

M. E. iſt dieſe Begründung zum mindeſten überflüſſig, denn nach § 23, 2 StPO iſt ausgeſchloſſen nur der Unterſuchungsrichter als ſolcher, der außerdem die Voruntersuchung geführt hat. Durch die Teilnahme an der Entſcheidung der Strafkammer während der Voruntersuchung wird aber der Richter weder Unterſuchungsrichter, noch führt er die Voruntersuchung, und beides nicht nur dann, wenn es ſich um eine „dem Gericht" in jeder Lage des Verfahrens vorbehaltene Maßnahme handelt, ſondern ſelbſt dann, wenn die Strafkammer über Akte zu entſcheiden hat, die unmittelbar die Voruntersuchung betref-

[84]) Löwe-Roſenberg a. a. O., § 61 GVG. Anm. 4.
[85]) GA 59/169; Alsberger Entſch. 1 Nr. 68.

fen. Die Strafkammer fällt, wie auch die Entſcheidung richtig ſagt, gemäß § 73 GVG während der Voruntersuchung die dieſe und deren Ergebniſſe nur „betreffenden" Entſcheidungen, die die Vorſchriften der StPO dem Gericht überlaſſen, zieht alſo dadurch niemals die Führung der Voruntersuchung an ſich und kann dieſes auch gar nicht. Soweit die Entſcheidung ſelbſt, der mit Ausnahme der Begründung im übrigen zuzuſtimmen iſt.

Löwe-Roſenberg [86]) ſagt nun unter Hinweis auf dieſe Entſcheidung des Reichsgerichts, daß der Unterſuchungsrichter an den Beſchlüſſen der Strafkammer, in denen über die Erteilung ſicheren Geleits entſchieden wird, teilnehmen darf. Das würde m. E. einmal einen Verſtoß gegen die ausdrückliche Vorſchrift des § 23 Abſ. 2 bedeuten. Außerdem iſt das aber aus dieſer Entſcheidung auch keineswegs zu folgern.

Zwar wird der Unterſuchungsrichter allein durch ſeine Beſtellung von der Wahrnehmung anderer richterlicher Funktionen, alſo auch als Mitglied der Kammer, nicht ausgeſchloſſen; ebenſo nicht bei der Entſcheidung der Strafkammer, die nicht ſeine Sache betrifft. Er iſt aber kraft Geſetzes ausgeſchloſſen als Unterſuchungsrichter von den Entſcheidungen der Strafkammer in den Sachen, in welchen er die Voruntersuchung führt oder geführt hat. Hat der Unterſuchungsrichter aber zur Aufklärung des Sachverhalts weſentliche Unterſuchungshandlungen nach eigenem Plane vorgenommen, ſo kann er an der Entſcheidung über die Erteilung des ſicheren Geleits nicht teilnehmen, da die Entſcheidung jedenfalls ſeine Sache betrifft. Daran ändert auch nichts die Tatſache, daß der § 295 StPO lediglich als Geſtellungsmittel zwecks Erledigung anhängiger Unterſuchungen dient, alſo die dem § 23, 2 StPO zu Grunde liegende Gefahr der Voreingenommenheit des Unterſuchungsrichters hier nicht ſo notwendig praktiſch wird.

Unterſuchungsrichter zugleich Amtsrichter.

Auch iſt im Falle, daß der Unterſuchungsrichter zugleich Amtsrichter iſt (§ 59, 2 GVG), dieſer nicht ausgeſchloſſen von der dem Amtsrichter nach § 30, 2 GVG obliegenden Tätigkeit, denn auch durch dieſe Funktionen wird er nicht Mitglied des erkennenden Gerichts. Das hat ferner ſeinen Grund nicht ſo ſehr darin, daß eine über den Wortlaut des § 23 hinausgehende Auslegung unzuläſſig iſt [87]), ſondern liegt ſchon in dem Zweck des § 23,2 zweiter Teil, begründet. Denn wir hatten geſehen (S. 20), daß die Ausſchließung des Unterſuchungsrichters von der Mitwirkung bei den außerhalb der Hauptverhandlung erfolgenden Entſcheidungen der Strafkammer ſeinen Grund darin findet, daß der Unterſuchungsrichter, der die Voruntersuchung ge-

[86]) a. a. O. § 23 Anm. 7 a am Ende.
[87]) wie Feiſenberger a. a. O., Anm. 10 zu § 23 unter Hinweis auf Anm. 14 meint.

führt hat, leicht einen überragenden Einfluß bei den Beratungen erhält. Die Funktion des Amtsrichters nach § 30 GVG ist nun zwar die gleiche wie die der Strafkammer außerhalb der Hauptverhandlung. Aber der Grund, der den Richter von der Mitwirkung bei der Entscheidung der Strafkammer gem. § 23, 2, zweiter Teil, ausschließt, entfällt hier, da der Amtsrichter allein tätig wird, von einer Beeinflussung anderer Richter also nicht die Rede sein kann. Es erübrigt sich also eine Ausdehnung des § 23, 2 auf diesen Fall über seinen Wortlaut hinaus.

D. „Sache" im Sinne des § 23, 2 StPO.

Zur weiteren Erörterung des § 23, 2 StPO bedarf es auch einer Auseinandersetzung mit dem Begriff „Sache" im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Nur in den „Sachen", in denen er die Voruntersuchung führt oder geführt hat, ist der Untersuchungsrichter ausgeschlossen. In Schrifttum und Rechtsprechung herrscht darüber Einigkeit, daß die typische Besorgnis der Voreingenommenheit des Richters nur vorliegen kann, wenn Voruntersuchung und Hauptverhandlung dieselbe Tat derselben Person zum Gegenstand haben. In der Begründung dieser Schlußfolgerung gehen beide Meinungen jedoch verschiedene Wege, insbesondere was die Auslegung des Begriffes „Sache" angeht.

Das Reichsgericht nimmt u. a. in seinen Entscheidungen RG St 17/174, 57/275 und speziell in 62/314 folgendermaßen dazu Stellung. Sache im Sinne dieser Gesetzesstelle bedeute Straffache und bezeichne das Strafverfahren, das die Verfolgung einer bestimmten Straftat zum Gegenstande hat. § 23, 2 StPO setze also vor allem dieselbe Tat voraus. Unter Tat sei dabei dasselbe historische Vorkommnis, sei es dasselbe konkrete Tun des Angeklagten oder doch seine, wenngleich in einem anderen Tun bestehende Beteiligung an demselben Vorgange (§ 264 StPO) zu verstehen. Aber § 23, 2 StPO — so folgert das Reichsgericht weiter — spreche nicht von derselben „Tat", sondern von derselben „Sache". Damit wäre die Gleichheit der Straffache, d. h. das dieselbe Tat betreffende Strafverfahren verlangt. Voruntersuchung und Hauptverfahren müssen in demselben Strafverfahren vor sich gehen und es frage sich, ob dieses schon der Fall sei, wenn allein die Gleichheit der Tat vorliege. Das Reichsgericht kommt dann zu dem Schluß, daß die „Sache" im Sinne des § 23, 2 StPO regelmäßig das Strafverfahren, das die Verfolgung derselben Straftat gegen dieselbe Person zum Gegenstand hat, bedeutet, wobei das Strafverfahren aber nicht bloß nach seiner rein äußerlichen Erscheinung zu nehmen, sondern nach seinem Inhalt insofern zu betrachten sei, als verschiedene Strafverfahren, die gegen dieselbe Person wegen derselben Tat anhängig werden, doch nur dieselbe Sache im Sinne des § 23, 2 StPO bilden.

Die Entſcheidung des Reichsgerichts fordert alſo anfangs für die Ausſchließung des Richters die Identität des Strafverfahrens und zieht folgerichtig den Schluß, daß Voruntersuchung und Hauptverfahren in demſelben Strafverfahren vor ſich gehen müſſen. Im Laufe der Darlegungen aber weicht es nicht nur von dieſem Standpunkt ab, ſondern kommt mit der Feſtſtellung, daß die Ausſchließung den Prozeß, in dem die Voruntersuchung lag, in andere Prozeſſe hinein überdaure, gerade zu dem gegenteiligen Schluß, daß es nicht auf die Identität des Strafverfahrens, ſondern, wie allein richtig, auf die Identität der Straſſache ankomme. Auf dieſe falſche Schlußfolgerung, die in der Identifizierung der Begriffe Strafverfahren und Straſſache ihren Grund findet, weiſt Beling in JW 1929 S. 1037 bei einer Beſprechung der Entſcheidung RGSt. 62/314 hin.

Die Grundbegriffe Strafverfahren (der Prozeß ſelbſt) und Prozeßgegenſtand (die Straſſache) ſind ſcharf zu ſcheiden. Eine Zählung der Straſſachen läßt ſich bereits durchführen, bevor überhaupt ein Strafverfahren eingeſetzt hat und iſt ganz unabhängig von einer Zählung der Prozeſſe. Denn man zählt jene danach, ob dieſelbe Tat desſelben Menſchen in Frage ſteht, oder aber verſchiedene Taten desſelben Menſchen, oder Taten verſchiedener Menſchen. Umgekehrt heißt das Strafverfahren zählen: das geſchichtliche Ereignis Prozeß nach Anfang und Fortſetzung begreifen und ſo danach fragen, welche Vorgänge in ihrer zeitlichen Folge als aufeinander bezogen zuſammengehören und inwieweit ſie in ſolcher Hinſicht auseinanderfallen. Ein und dieſelbe Straſſache bedeutet alſo begrifflich etwas ganz anderes als ein und dasſelbe Strafverfahren.

Es iſt mithin falſch, wenn das Reichsgericht dieſe beiden Begriffe identifizierend ſagt:

> „Sache im Sinne dieſer Geſetzesſtelle bedeutet Straſſache und bezeichnet das Strafverfahren."

Fordert man für § 23, 2 StPO die Identität des Strafverfahrens allein, ſo folgt daraus notwendig, daß es nicht auf die Nämlichkeit der Straſſache ankommt. Fordert man aber umgekehrt, wie es auch das Reichsgericht am Schluß der Entſcheidung richtig macht, daß dieſelbe Tat desſelben Täters, alſo ein und dieſelbe Straſſache vorliegen muß, um § 23, 2 StPO in Anwendung zu bringen, ſo ergibt ſich daraus folgerichtig, daß die Indentität des Strafverfahrens hier überhaupt keine Rolle ſpielt.

Die Entſcheidungen des Reichsgerichts ſind alſo, was ihre Begründung angeht, abzulehnen, im Reſultat hingegen anzuerkennen. Es bieten die Fälle dann praktiſch auch keine weiteren Schwierigkeiten mehr, insbeſondere entfällt auch die Auslegung des Begriffes „Strafverfahren", die, obwohl ſie ſich mit dieſem einfach nicht vereinen läßt [88]), vom Reichsgericht in großer Breite jedesmal von neuem wieder vorgetragen wird.

[88]) Ein Strafverfahren läßt ſich nicht einmal „nach ſeiner rein äußerlichen Erſcheinung nehmen" und ein anderes mal „nach ſeinem Inhalt inſofern betrach-

Erörterung des Begriffes „Sache" an Hand von Einzelfällen.

Nimmt z. B. ein Richter, der in einem früheren durch rechtskräftiges Urteil beendigten Verfahren die Voruntersuchung geführt hat, in einem nochmaligen Verfahren an der Hauptverhandlung teil, in der die neuerliche Strafverfolgung für unzulässig erklärt wird, so verstößt diese Teilnahme gegen § 23, 2 StPO [89]). Es handelt sich um dieselbe Straffache, d. h. es liegt beiden Verfahren dieselbe Tat desselben Täters zu Grunde, wobei eine andere rechtliche Beurteilung der Tat nicht ins Gewicht fallen kann, da unter „Tat" der historische Vorgang zu verstehen ist. Auch spielt es keine Rolle, daß das Gericht lediglich die neuerliche Strafverfolgung für unzulässig zu erklären hat; auch von der Teilnahme an einer solchen Entscheidung ist der Untersuchungsrichter ausgeschlossen.

Aus dem gleichen Grunde ist derjenige Richter, der gegen den Angeschuldigten die Voruntersuchung führte, die von der Strafkammer aber eingestellt wurde, da bereits vorher ein anderes Verfahren schwebte, in diesem und der folgenden Hauptverhandlung von der Mitwirkung nach § 23, 2 StPO ausgeschlossen. Auch hier handelt es sich wiederum um dieselbe Tat desselben Täters, in welcher der Untersuchungsrichter die Voruntersuchung geführt hatte. Durch diese Beschäftigung mit der Sache war der Untersuchungsrichter in der Lage, sich ein bestimmtes Urteil zu bilden, sodaß seine Mitwirkung in der Hauptverhandlung gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit verstoßen würde [90]).

Der Untersuchungsrichter hingegen, der Untersuchungshandlungen lediglich gegen den Hauptangeschuldigten vornimmt, die in keiner Weise auf Gehilfen ausgedehnt wird, ist nicht unfähig, Mitglied des gegen den Gehilfen entscheidenden, erkennenden Gerichts zu sein. Es wird z. B. die Voruntersuchung gegen den Hauptangeklagten und einen Gehilfen von dem Untersuchungsrichter und seinem Ferienvertreter geführt. Erst nach Schluß der Voruntersuchung und deren Wiedereröffnung wird die Voruntersuchung auf einen zweiten Gehilfen ausgedehnt. An dieser wiedereröffneten Voruntersuchung nimmt der Ferienvertreter des Untersuchungsrichters aber in keiner Weise teil. Es liegt demnach kein Grund vor, ihn von der Hauptverhandlung gegen den zweiten Gehilfen auszuschließen. Seine Untersuchungshandlung betrifft wenn auch dieselbe Tat (d. h. denselben historischen Vorgang), aber nicht die desselben Täters [91]). Mit Recht hält das

---

ten". Ein Strafverfahren stellte sich vielmehr dar, als eine Gesamtheit äußerer Vorgänge, die in ihrer zeitlichen Folge als aufeinander bezogen zusammengehören und sich auf einen bestimmten Prozeßgegenstand (Straffache) beziehen.

[89]) vgl. JW. 1913, S. 1002 Nr. 47; GA 60/42, Feisenberger a. a. O., Anm. 11 zu § 23.

[90]) JW. 1924 S. 1758 Nr. 1.

[91]) RGSt. 54/317.

Reichsgericht in ſeinen Entſcheidungen für § 23, 2 StPO an dem Erfordernis „derſelben Straſſache" feſt und läßt nicht ſchon die ſogenannte objektive Identität — dasſelbe Lebensvorkommnis unangeſehen der Täterperſönlichkeiten — genügen. Würde es letzteres für genügend erklären, ſo wäre der Unterſuchungsrichter außer in Straſſachen, in denen er die Voruntersuchung geführt hat, auch in den Straſſachen ausgeſchloſſen, die andere im Hinblick auf denſelben Lebensvorgang beſchuldigte Perſonen betreffen. Für ſolche nur zuſammenhängende Sachen, die nicht ſelber den Gegenſtand der Voruntersuchung gebildet haben, fehlt es aber an der typiſchen Beſorgnis der Befangenheit, aus der die Ausſchließungsgründe der StPO erwachſen ſind.

Anders aber liegt der Fall, wenn der Richter gegen einen wegen Beihilfe zur Tat des Hauptangeſchuldigten Mitangeſchuldigten die Voruntersuchung geführt hat. Die Haupttat bildet die notwendige Grundlage für die dem Angeſchuldigten vorgeworfene Beihilfe. Bei einer Aufklärung des Sachverhalts hinſichtlich der Beihilfe ſtößt der Unterſuchungsrichter dauernd auf die Tätigkeit des Hauptangeſchuldigten, in Bezug auf deſſen Tun der hier in Frage kommende Mitangeſchuldigte gehandelt hat. Es muß ſich ein ſolcher Richter alſo auch über die Haupttat ſchlüſſig machen, und er führt demnach die Voruntersuchung nicht allein gegen den Gehilfen, ſondern auch gegen den Haupttäter. Daß er keine Unterſuchungshandlungen direkt gegen dieſen vornimmt, fällt nicht ins Gewicht, denn wir hatten vorher (S. 23 ff.) geſehen, daß zwar nur durch ein Aktenſtudium die Voruntersuchung im Sinne des § 23, 2 StPO nicht geführt wird, daß aber andererſeits auch ſchon eine entferntere Tätigkeit nach eigenem Plane genügt, der „Führung" der Voruntersuchung im Sinne dieſes Paragraphen zu genügen. Gegen den Gehilfen gerichtete Unterſuchungshandlungen werden dieſe Vorausſetzungen aber in der Regel erfüllen. Es iſt alſo der Unterſuchungsrichter, der die Voruntersuchung gegen einen Gehilfen des Haupttäters geführt hat, nach § 23, 2 StPO auch ausgeſchloſſen von der Mitwirkung des gegen den Haupttäter erkennenden Gerichts [92]).

Hierher gehört auch der RG St 2/314 behandelte Fall. Der Unterſuchungsrichter hatte hier in einer gegen zwei Angeſchuldigte gerichteten Unterſuchung nur einen Teil der Voruntersuchung gegen einen Angeſchuldigten geführt. Dieſer wurde aber nach geſchloſſener Voruntersuchung außer Verfolgung geſetzt. Die Voruntersuchung gegen den erſten Angeſchuldigten betraf die §§ 348, 349 StGB, die gegen den außer Verfolg geſetzten Angeſchuldigten die §§ 267, 270, 348, 349, 48, 74 StGB. Hier kommt es weſentlich darauf an, welche Tat die zum Teil geführte Voruntersuchung gegen den letzteren Angeſchuldigten betraf. Das iſt in der Entſcheidung weiter nicht herausgearbeitet. Hatte dieſer Teil der Voruntersuchung die Anſtiftung

[92]) RGSt. 54/317.

zur Falschbeurkundung (§§ 348, 349, 48 StGB) zum Gegenstande, so liegt der Fall genau ebenso wie der eben besprochene, der Untersuchungsrichter wäre also auch ausgeschlossen von der Hauptverhandlung gegen den anderen Angeschuldigten, den Haupttäter. Wurde aber die Voruntersuchung lediglich geführt wegen Gebrauchmachens von einer falschen oder gefälschten Urkunde (§§ 267, 270 StGB) — und so wird der hier abgeurteilte Fall auch tatsächlich gelegen haben — so richtete sie sich nur gegen diesen Angeschuldigten und betraf nicht die Tat des anderen. Hier ist der Untersuchungsrichter von der Hauptverhandlung gegen den ersten Angeschuldigten nicht ausgeschlossen. Seine Voruntersuchung betraf nicht dieselbe, sondern eine andere Sache im oben besprochenen Sinne des § 23, 2 StPO.

Auch die folgende Entscheidung [93]) zeigt, daß es für die Entscheidung darüber, ob dieselbe Sache im Sinne des § 23, 2 StPO vorliegt oder nicht, ganz auf den einzelnen Fall ankommt. Hier hatte der Untersuchungsrichter auch in einer gegen sieben Personen eröffneten Voruntersuchung die Untersuchung direkt nur gegen K. und St. geführt, die später außer Verfolg gesetzt wurden. Wie aus dem Verweis dieser Entscheidung auf die eben besprochene Entscheidung des RG St 2/314 aber zu entnehmen ist, hatten diese gegen K. und St. vorgenommenen Untersuchungshandlungen nicht eine diese speziell betreffende Tat zum Gegenstande, sondern bezogen sich vielmehr auf die Aufklärung der Teilnahme von allen sieben Angeschuldigten und die Sammlung des Beweismaterials. Hier ist dann der Untersuchungsrichter notwendig nach § 23, 2 StPO von der Hauptverhandlung gegen alle Angeschuldigte ausgeschlossen; denn er hat die Voruntersuchung gegen alle sieben geführt, dadurch daß er nach eigenem Plane vorging und diesen durch Untersuchungshandlungen gegen zwei dieser Angeschuldigten betätigte [94]).

Man muß sich also im einzelnen Fall stets darüber Klarheit verschaffen, ob die Voruntersuchung und die folgende Hauptverhandlung dieselbe Sache betreffe. Ist dies der Fall, hatte der Richter sie hinsichtlich derselben Tat desselben Täters geführt, so würde seine Mitwirkung bei der Entscheidung in der Hauptverhandlung gegen das Prinzip der Unmittelbarkeit verstoßen, was durch eine Ausschließung gemäß § 23, 2 StPO verhindert wird. Liegt hingegen eine Voruntersuchung hinsichtlich einer anderen Tat desselben Täters oder derselben Tat eines anderen Täters oder auch einer anderen Tat eines anderen Täters vor, so ist die Gefahr einer Voreingenommenheit nicht gegeben, es kann daher der betreffende Richter an der Hauptverhandlung teilnehmen.

---

[93]) GA 58/455; Löwe-Rosenberg a. a. O., Anm. 5 a zu § 23; anderer Meinung Keller a. a. O., Nr. 6 zu § 23.

[94]) Vgl. auch Recht 14, Nr. 4221.

Verbindung verſchiedener Straſſachen an Hand von Einzelfällen.

Es iſt weiter notwendig, in dieſem Zuſammenhang auf die „Verbindung verſchiedener Straſſachen" einzugehen. Hat z. B. ein Unterſuchungsrichter die Vorunterſuchung in einer von mehreren Straſſachen gegen denſelben Angeſchuldigten geführt, ſo hätte das gemäß § 23, 2 StPO und den eben beſprochenen Gründen nur die Ausſchließung dieſes Richters von der Aburteilung dieſer Straſſache zur Folge. Die Verbindung dieſer Straſſachen bringt es aber mit ſich, daß nunmehr eine einheitliche Verhandlung und Entſcheidung der verbundenen Straſſachen in Frage ſteht. Es wird zwar durch die Verbindung mehrerer Straſſachen — ſei es nun, daß dieſe allgemein ohne Veränderung der Zuſtändigkeit oder aber mit Veränderung der ſachlichen oder örtlichen Zuſtändigkeit dann unter den Vorausſetzungen der §§ 2 bis 5, 13 erfolgt — die Selbſtändigkeit der einzelnen Sache nicht beſeitigt[95]). Es können ſich aber wichtige prozeſſuale Folgen an eine ſolche Verbindung knüpfen. So ſetzt die einheitliche Entſcheidung notwendig voraus, daß die Richter, die an ihr teilnehmen, auch in allen Sachen entſcheiden können. Iſt aber der Richter in einer der verbundenen Sachen gemäß § 23, 2 StPO ausgeſchloſſen, ſo erſtreckt ſich aus der Notwendigkeit der einheitlichen Verhandlung heraus die Ausſchließung auf die geſamte Verhandlung[96]). Es hat dieſe Ausſchließung in den übrigen Sachen ihren Grund alſo nicht in § 23, 2 StPO, ſondern iſt vielmehr in erſter Linie die Folge der Verbindung der Straſſachen. Würde ein Richter, der in einer Sache die Vorunterſuchung geführt hat, aber dennoch bei der Verhandlung mitgewirkt haben, ſo liegt ein Reviſionsgrund gemäß § 338 Ziff. 2 StPO nur hinſichtlich der einen Sache vor. Es hängt dies zuſammen mit der Tatſache, daß die Anfechtung eines Urteils wegen eines der konkurrierenden Delikte auf die übrigen Delikte ohne Einfluß iſt; hinſichtlich dieſer wird das erſtinſtanzliche Urteil vielmehr rechtskräftig. Dieſes wiederum folgt aus dem Weſen der Geſamtſtrafe, das darin beſteht, daß ſie ſagt, in welcher Weiſe die mehreren Einzelſtrafen zu verbüßen ſind.

Auch wenn der Unterſuchungsrichter in einer gegen mehrere Angeſchuldigte gerichteten Vorunterſuchung die Unterſuchung nur gegen einen von dieſen geführt hat, iſt er im Falle der Verbindung dieſer verſchiedenen Straſſachen und der ſich damit ergebenden Notwendigkeit der einheitlichen Verhandlung, auch von der geſamten Verhandlung, ausgeſchloſſen. Hatte er aber dennoch in dieſer mitgewirkt, ſo iſt auch hier wieder nur gemäß § 338 Ziff. 2 StPO derjenige beſchwert, dem gegenüber der Richter als Unterſuchungsrichter fungiert hatte[97]). Nur in dieſem Falle lag die Gefahr der

[95]) JW. 56, 2042;
[96]) RGSt. 57/248; GA 60/421.
[97]) RGSt. 54/317.

Voreingenommenheit des Richters vor und es kann infolgedeſſen auch nur dieſer Verurteilte wegen Verletzung des § 23, 2 StPO Reviſion einlegen.

Es iſt daher nicht richtig, wenn eine Entſcheidung des Reichsgerichts[98]) in einem inſoweit ebenſo gelagerten Fall ſagt, die Verbindung der verſchiedenen Straffachen habe zur Folge, daß der Unterſuchungsrichter nicht nur in der Richtung gegen den Angeſchuldigten, gegen den er die Vorunterſuchung geführt hat, ſondern auch gegen die anderen kraft Geſetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeſchloſſen ſei. Nimmt man das an, ſo muß man mit Notwendigkeit folgern, wie es auch die Entſcheidung tut, daß das Urteil gegen ſämtliche Angeklagte der Aufhebung unterliegen muß. Das iſt aber nicht der Fall und kann ſich auch aus § 23, 2 StPO niemals ergeben. Es bleibt, wie ſchon vorher betont, die Selbſtändigkeit der verſchiedenen Straffachen, abgeſehen eben nur von einigen prozeſſualen Folgen, im übrigen beſtehen. Die Ausſchließung des Richters von der Mitwirkung bei der Verhandlung gegen die übrigen Angeklagten iſt keine Ausſchließung kraft Geſetzes und liegt gar nicht begründet im § 23, 2 StPO, denn dieſer Fall liegt nicht vor, da der Unterſuchungsrichter gegen dieſe Angeklagten keine Unterſuchungshandlungen vorgenommen hat. Die Ausſchließung des Richters betreffs des einen Angeklagten erſtreckt ſich vielmehr nur inſofern auch in Richtung auf die übrigen Angeklagten, als die Verbindung notwendig eine einheitliche Entſcheidung erfordert und daher Richter benötigt, die für alle Sachen kompetent ſind. Eine trotzdem erfolgende Mitwirkung dieſes Richters gibt aber nur für den einen Angeklagten einen Reviſionsgrund wegen Verletzung des § 23, 2 StPO, und nur inſoweit unterliegt alſo das Urteil der Aufhebung.

Fälle der ſogenannten Verbrechenseinheit.

Anders liegen die Fälle der ſogenannten Verbrechenseinheit. Hatte der Unterſuchungsrichter die Vorunterſuchung bei einem Kollektivdelikt oder einem fortgeſetzten Delikt nur in Bezug auf einzelne Tätigkeitsakte geführt, ſo iſt er gemäß § 23, 2 von der Hauptverhandlung uſw. ausgeſchloſſen, auch bezüglich der anderen Tätigkeitsakte, da das Geſetz dieſe Einzelhandlungen zu einer Einheit zuſammenfaßt, es ſich alſo um ein juriſtiſch einheitliches Verbrechen handelt.

Waren dagegen die Tätigkeitsakte, bezüglich deren der Unterſuchungsrichter die Vorunterſuchung geführt hatte, nicht Gegenſtand der Hauptverhandlung — weil ſich z. B. in der Vorunterſuchung herausgeſtellt hatte, daß dieſe Handlungen des Angeſchuldigten den Tatbeſtand des Deliktes nicht erfüllen — ſo iſt dieſer Unterſuchungsrichter nicht nach § 23, 2 ausgeſchloſſen von der Aburteilung der üb-

[98]) JW. 1913 S. 1002 Nr. 47.

rigen zur Verbrechenseinheit zuſammengefaßten Tätigkeitsakte, da er bezüglich dieſer die Voruntersuchung nicht geführt hatte [99]).

Von einer Voreingenommenheit des Richters in dieſen Fällen kann nicht die Rede ſein, da die einzelnen Fälle, trotz ihrer juriſtiſchen Zuſammenfaſſung, in Einzelheiten ſehr unterſchiedlich ſein können. Es liegt daher auch nicht die Gefahr vor, daß der Unterſuchungsrichter die in der Voruntersuchung bezüglich dieſer Fälle gemachten Erfahrungen etwa zum Nachteil des Angeklagten in der Hauptverhandlung verwerten kann.

Ausgeſchloſſen auch in höherer Inſtanz.

Erwähnt ſei hier noch, daß der Unterſuchungsrichter nicht nur in der erſten, ſondern auch in höherer Inſtanz ausgeſchloſſen iſt. Das ergibt ſich ebenfalls aus dem Vorliegen derſelben Sache im Sinne des § 23, 2, obwohl ſich der Wortlaut des Geſetzes im übrigen nicht dafür geltend machen läßt [100]).

E. Unterſuchungshandlungen nach Schluß der Voruntersuchung.

Wir hatten (S. 21) geſehen, daß die Verfügung der Eröffnung der Voruntersuchung durch den Unterſuchungsrichter gemäß § 184 StPO nicht die Ausſchließung des Richters nach § 23,2 StPO zur Folge hat, da eine Führung der Voruntersuchung hierin nicht zu ſehen iſt. Nicht ſo einfach und klar liegen die Verhältniſſe betreffs der Verfügung des Schluſſes der Voruntersuchung nach § 197 StPO.

Verfügung des Schluſſes der Voruntersuchung ſelbſt.

Eine beſondere Verfügung, daß die Voruntersuchung geſchloſſen werde, iſt zwar nicht erforderlich. Sie liegt vielmehr ſchon in der Benachrichtigung des Angeſchuldigten vom Schluſſe der Voruntersuchung. Ein Richter, der nun die Voruntersuchung auf dieſe Weiſe, durch gewiſſermaßen konkludente Verfügung, ſchließt, ſoll nach RG St 21/285 nicht ausgeſchloſſen ſein [101]). Die Begründung ſagt, daß die Bekanntgabe der Beendigung der Unterſuchung an den Angeſchuldigten und die Vorlage der Akten an die Staatsanwaltſchaft nicht als Unterſuchungshandlungen im eigentlichen Sinne erſcheinen, der Schluß der Voruntersuchung die bereits geſchehene Vornahme der erforderlichen Unterſuchungshandlung vorausſetzt, alſo nicht ſelbſt eine ſolche ſein kann.

[99]) Feiſenberger a. a. O., Anm. 12 b zu § 23.
[100]) Glaſer a. a. O., S. 113 ff.; Feiſenberger a. a. O., Anm. 8 zu § 23.
[101]) Gleicher Meinung Roſenberg a. a. O., Anm. 7 a zu § 23.

Meines Erachtens trifft diese Begründung nicht den Kern der Sache. Ein Richter, der die Voruntersuchung beendigen will, muß sich notwendig mit der Sache eingehend befassen, um erkennen zu können, ob der Zweck der Voruntersuchung erreicht ist. Er muß erwägen, ob noch irgendwelche Personen zu vernehmen sind, oder ob die bisher erfolgten Untersuchungshandlungen genügend Beweismaterial geliefert haben, der Angeschuldigte also hinreichend verdächtig erscheint. Es ist zwar richtig, daß die Schließung der Voruntersuchung keine eigentliche Untersuchungshandlung ist, aber deshalb spricht noch nichts dagegen, daß dieser Akt den sonstigen Untersuchungshandlungen zum mindesten an Bedeutung für die hier zu behandelnden Fragen gleichzusetzen ist. Es kann m. E. für die Anwendbarkeit des § 23, 2 doch keinen Unterschied machen, ob der Richter nach dem Studium der Sachlage nach eigenem Plane lediglich die Vernehmung des Angeschuldigten durch das Amtsgericht in Bezug auf bestimmte Punkte ersucht, oder ob der Richter nach dem Studium der Sachlage ebenfalls nach eigenem Plane zu dem Schluß kommt, daß eine Vernehmung nicht mehr erforderlich, die Sachlage genügend geklärt, der Zweck der Voruntersuchung mithin erreicht ist. Im ersteren Falle nun hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung (RG St 28/358, hier besprochen (S. 23 ff.) richtig einen solchen Richter nach § 23, 2 von der weiteren Verhandlung ausgeschlossen, im zweiten Falle aber, wie berichtet, die Anwendbarkeit des § 23, 2 abgelehnt. Das Reichsgericht stößt sich dabei an dem Worte „Untersuchungshandlung" und faßt dieses in einer mit dem Sinne des § 23, 2 nicht zu vereinbarenden Strenge auf. Unter „Untersuchungshandlungen" in diesem Sinne fällt auch noch die Verfügung des Schlusses der Voruntersuchung. Das kann man mit gutem Grunde annehmen, denn bei dem Richter, der einen solchen Akt verfügt hat, ist die Gefahr der Voreingenommenheit ganz sicher so groß, wie in den übrigen Fällen der Ausschließung des Richters nach § 23, 2 StPO.

Es widerspricht das auch nicht der S. 24 getroffenen Feststellung, daß das Aktenstudium allein die Ausschließung des Richters nach § 23, 2 StPO nicht zu begründen vermag, vielmehr ein wesentlicher Akt der Untersuchung dazu kommen muß. Es findet hier das Aktenstudium gerade im Hinblick auf die Frage statt, ob noch Untersuchungshandlungen erforderlich sind und in der Mitteilung an den Angeschuldigten vom Schlusse der Voruntersuchung kommt zum Ausdruck, daß andere Untersuchungshandlungen sich erübrigen.

Feisenberger [102]) spricht sich ebenfalls für die Ausschließung des Richters, der den Schluß der Voruntersuchung verfügt hat, aus. Er begründet jedoch seine Ansicht nur mit dem allerdings zutreffenden Hinweis darauf, daß der Schluß der Voruntersuchung als ein ähnlich wichtiger Teil derselben zu bewerten sei, wie das Urteil als ein solcher der Hauptverhandlung.

---

[102]) a. a. O. § 23 Anm. 7.

Die Aktenabgabe an die Staatsanwaltſchaft zur Stellung ihrer Anträge ſowie die Nachricht an den Angeſchuldigten und die in dieſen Akten enthaltene Verfügung des Schluſſes der Voruntersuchung ſchließt alſo den Richter, der dieſe Akte vorgenommen hat, unter den genannten Vorausſetzungen nach § 23, 2 von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung uſw. aus.

Unterſuchungshandlungen nach Abgabe der Akten an die Staatsanwaltſchaft.

Mit der Ueberſendung der Akten an die Staatsanwaltſchaft unter Benachrichtigung des Angeſchuldigten iſt die Tätigkeit des Unterſuchungsrichters als ſolchem aber nicht beendet, obwohl in dieſen Akten die Verfügung des Schluſſes der Voruntersuchung zu ſehen iſt. Nach dem allgemeinen Grundſatz des § 124, 1 StPO bleibt vielmehr die Zuſtändigkeit des Unterſuchungsrichters ſolange beſtehen, bis die Zuſtändigkeit einer anderen Gerichtsbehörde begründet wird. Die Zuſtändigkeit der Strafkammer aber wird nach § 198, 2 StPO durch die Vorlegung der Akten von Seiten der Staatsanwaltſchaft begründet. Bis zu der Zeit bleibt der Unterſuchungsrichter das zuſtändige Gericht. Alle Akte, die ein Unterſuchungsrichter alſo in dieſer Zeit vornimmt und die Unterſuchungshandlungen im Sinne des § 23, 2 ſind, ſchließen dieſen gemäß § 23, 2 StPO aus [103]).

Unterſuchungshandlungen nach Ueberſendung der Akten von der Staatsanwaltſchaft an die Strafkammer; Einzelfälle.

Handlungen zur Aufklärung des Sachverhalts, die der Unterſuchungsrichter dagegen nach Ueberſendung der Akten von der Staatsanwaltſchaft an die Strafkammer vornimmt, ſchließen dieſen nach § 23, 2 nur unter der Vorausſetzung der Wiedereröffnung der Voruntersuchung gemäß § 202 StPO aus. Es genügt alſo nicht, daß das Gericht zur Ergänzung der Voruntersuchung einzelne Beweiserhebungen im Sinne des § 202 Abſ. 3 anordnet, es muß vielmehr eine Wiedereröffnung der Voruntersuchung ſtattgefunden haben. Der Richter, der nunmehr auf Anordnung des Gerichtes Unterſuchungshandlungen vornimmt, iſt gemäß § 23, 2 ausgeſchloſſen.

Nicht von Bedeutung iſt, wenn dieſe Ergänzung einem anderen Unterſuchungsrichter übertragen wird, wie die vorherige Voruntersuchung, denn die erſte Voruntersuchung wie deren Ergänzung gelten als geſchloſſenes Ganzes, als e i n e Voruntersuchung, und es iſt für § 23, 2 StPO ganz gleichgültig, ob der Unterſuchungsrichter die Voruntersuchung ganz oder zum Teil geführt hat [104]).

[103]) Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 2 zu § 197; RGSt. 33/201; entgegen RGSt. 4/342.

[104]) RGSt. 2/314; John a. a. O., S. 322 ff.

Die Trennung zwischen einzelnen Beweiserhebungen und der Wiedereröffnung der Voruntersuchung mag auf den ersten Blick etwas umständlich erscheinen. Indessen rechtfertigen die inneren Gründe des § 23, 2 dieses Ergebnis. Denn der Untersuchungsrichter beherrscht die Voruntersuchung souverän und erforscht die Tat nach allen Richtungen, nach von ihm entworfenen und durchdachten Plan, und befaßt sich infolge dieser Unbegrenztheit und Selbständigkeit seiner Aufgabe viel eingehender, und zwar nicht nur mit Teilausschnitten, sondern mit der ganzen Lage des Straffalles.

Nicht von § 23, 2 getroffen wird also der Richter, der als Mitglied oder Vorsitzender der Strafkammer einzelne Beweiserhebungen nach §§ 201 oder 202 Abs. 3 StPO vorgenommen hat [105]); ebenso nicht dasjenige Mitglied der mit der Eröffnung des Hauptverfahrens befaßten Kammer, der im Auftrage des Vorsitzenden nach Schließung der Voruntersuchung den Angeklagten verantwortlich vernimmt. Desgleichen ist der Vorsitzende des erkennenden Gerichts, der nach Eröffnung des Hauptverfahrens den Angeklagten außerhalb der Hauptverhandlung verantwortlich zur Sache vernimmt, nicht nach § 23, 2 ausgeschlossen, was abgesehen von der gleichen Begründung schon aus dem Umstande hervorgeht, daß nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine Voruntersuchung begrifflich ausgeschlossen ist. Desgleichen ist derjenige Richter nicht nach § 23, 2 ausgeschlossen, der den Auftrag um Vernehmung des Angeklagten von der Strafkammer erhält, die den Eröffnungsbeschluß erlassen hat [106]).

Ferner ist der Richter, der vom erkennenden Gericht mit Beweiserhebungen, sei es nach § 223 oder § 225 StPO, beauftragt ist, von der Mitwirkung in der Hauptverhandlung bzw. in der Strafkammer nicht ausgeschlossen [107]). Auch das ergibt sich schon aus der begrifflichen Unmöglichkeit einer Voruntersuchung nach Eröffnung des Hauptverfahrens — wie überhaupt nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses Beweiserhebungen, insbesondere eine Vernehmung des Angeklagten, nur nach Maßgabe der §§ 223—225 StPO erfolgen können, der Angeklagte sich also nur unter dem Schutz der mündlichen Verhandlung auf die gegen ihn erhobene Anklage zu verantworten braucht. Es erscheint daher überflüssig, auf einen Vergleich der nach § 223 StPO erfolgenden Vernehmung und der Vernehmung in der Voruntersuchung einzugehen, wie es die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts getan hat.

Umgekehrt wird der ersuchte Richter, dadurch, daß er die Beweiserhebung nach § 223 StPO vornimmt, nicht Mitglied des erkennenden Gerichts. Die Vernehmung nach § 223

[105]) RGSt. 63/337.

[106]) Vgl. hierüber und über die hier nicht näher zu erörternde Frage der Verfahrenswidrigkeit der drei letzten Vernehmungen RGSt. 60/322 u. JW. 1933, S. 1663.

[107]) RGSt. 30/400.

StPO bildet zwar die Grundlage der Urteilsfällung, wenn nach einem Gerichtsbeſchluß (§ 251 StPO) das Protokoll in der Hauptverhandlung verleſen wurde. Es wirkt aber der Richter, der eine ſolche Vernehmung vornimmt, nicht bei der Urteilsfällung mit. § 23, 2 trifft alſo nicht zu und die Vernehmung nach § 223 StPO kann demgemäß inſoweit auch durch den Unterſuchungsrichter vorgenommen werden, der in der Sache die Vorunterſuchung geführt hat [108]).

Auf einem anderen Gebiete liegt die Frage, ob der Unterſuchungsrichter zur Vornahme der in § 223 StPO bezeichneten Vernehmung verpflichtet iſt. Man wird mit Rückſicht darauf, daß die Tätigkeit des Unterſuchungsrichters auf den Verfahrensabſchnitt, der zwiſchen Erhebung der öffentlichen Klage und der Eröffnung des Hauptverfahrens liegt, beſchränkt iſt, eine ſolche Verpflichtung verneinen müſſen [109]). So kann auch mangels einer Vorunterſuchung im Wiederaufnahmeverfahren der Unterſuchungsrichter als ſolcher nicht mit der Beweisaufnahme betraut werden, wie andererſeits der mit der Aufnahme der Beweiſe beauftragte Richter nicht Unterſuchungsrichter und deshalb etwa von der Mitwirkung an der neuen Hauptverhandlung ausgeſchloſſen iſt [110]).

Bildung einer Geſamtſtrafe.

Es beſteht ferner kein Grund, den Richter, der die Vorunterſuchung in einer von mehreren Sachen gegen ein und denſelben Täter geführt hat, von der nachträglichen gerichtlichen Entſcheidung über die Bildung einer Geſamtſtrafe (§ 460 StPO) nach § 23, 2 auszuſchließen. Dieſe gerichtliche Entſcheidung ergeht gemäß § 462 StPO ohne mündliche Verhandlung. Die Gefahr eines überragenden Einfluſſes des Unterſuchungsrichters bei dieſer Entſcheidung liegt nicht vor, da eine Verurteilung des Angeklagten, alſo die Entſcheidung über die Schuldfrage, bereits durch das vorliegende Urteil erfolgt und ſomit allen Mitgliedern des Gerichts bekannt iſt. Hier ſoll nur die Geſamtſtrafe errechnet und feſtgeſetzt werden, weil der ſpäter erkennende Richter die frühere Verurteilung nicht gekannt oder außer acht gelaſſen hat.

---

[108]) RGSt. 4/91.
[109]) Alsb. Entſch. 2/107; GA 37/78.
[110]) Naumann a. a. O., S. 150.

IV. Folgen der Mitwirkung eines nach § 23, 1 oder 2 ausgeschloſſenen Richters.

Es iſt nunmehr noch kurz auf die Folgen der Mitwirkung eines nach § 23 Abſ. 1 oder Abſ. 2 ausgeſchloſſenen Richters einzugehen.

In erſter Linie iſt es Sache des Gerichtes, in allen Stadien des Verfahrens eventuelle Ausſchließungsgründe zu beachten, denn es hat überall von Amts wegen darüber zu wachen, daß nichts geſchehe, was die Rechtsbeſtändigkeit des Verfahrens zu gefährden geeignet iſt. Nimmt ein nach § 23 StPO ausgeſchloſſener Richter teil, ſo hat das Gericht alſo die Aufgabe, von ſich aus dieſen Mangel zu beſeitigen. Außerdem iſt natürlich auch der ausgeſchloſſene Richter ſelbſt verpflichtet, von einem in ſeiner Perſon liegenden Ausſchließungsgrund unverzüglich Mitteilung zu machen, und das ſelbſt dann, wenn er es nur für möglich hält, daß ein ſolcher Ausſchließungsgrund gegeben ſein könnte (§ 30 StPO).

Ferner können aber ebenſo alle Prozeßbeteiligten die Ausſchließungsgründe geltend machen, indem ſie auf ſie geſtützt den in Betracht kommenden Richter ablehnen (§ 24 StPO). Hierbei ſind ſie an keine zeitlichen Schranken gebunden, können mithin ihre Anträge ebenfalls in allen Stadien des Verfahrens geltend machen.

Das waren die Maßnahmen, die getroffen wurden, wenn ſich im Laufe des Verfahrens ſelbſt ſchon herausſtellte, daß ein nach § 23, 1 oder Abſ. 2 ausgeſchloſſener Richter mitwirkt. Inſoweit liegen noch keine Schwierigkeiten vor.

Nicht ſo einfach liegen hingegen die Fälle, in denen ſich erſt nach einer vollſtändigen oder teilweiſen Beendigung des Verfahrens — ſei es von Amts wegen, oder auf ſonſtige Weiſe — ergibt, daß ein Richter mitgewirkt hat, der nach § 23 StPO ausgeſchloſſen war.

Allgemein kann man als Regel aufſtellen, daß die Amtshandlungen, die ein ſolcher nach § 23 StPO kraft Geſetzes ausgeſchloſſener Richter vorgenommen hat, jeder Wirkſamkeit entbehren, alſo abſolut nichtig ſind. Dieſe Regel wird aber durch die ſehr wichtige Ausnahme, daß Entſcheidungen gerade nicht nichtig, ſondern nur anfechtbar ſind, praktiſch zur Ausnahme. Hier ſtreifen wir die Frage der nichtigen Urteile im Strafprozeß. Im gegebenen Zuſammenhange aber iſt es nicht möglich, dieſes ſchwierige und umſtrittene Problem in ſeinem ganzen Umfange zu behandeln. Das iſt aber auch aus folgendem Grunde nicht erforderlich. Bei der Frage der Nichtigkeit von Urteilen ſind es, wenn überhaupt, dann ſtets allgemeine Unfähigkeitsgründe, die

den Zweifel, ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit vorliegt, aufkommen laſſen. In § 23 handelt es ſich aber gerade nicht um allgemeine, ſondern um ſpezielle, auf die einzelne Sache bezügliche Ausſchließungsgründe (vergl. S. 6 ff.). Dieſe aber ſind der Rechtswirkſamkeit der Entſcheidung nicht hinderlich [111]).

Nur die ſonſtigen Amtshandlungen, wie z. B. Beweisakte, die außerhalb der Hauptverhandlung vorgenommen werden, ſind alſo nichtig, und ihre Nichtigkeit iſt von Amts wegen zu berückſichtigen. Beſtand hingegen die Mitwirkung in der Teilnahme an einer Entſcheidung, ſo kann die Nichtigkeit nur durch ein Rechtsmittel geltend gemacht werden.

Hat ein Richter mitgewirkt an der Entſcheidung, der nach § 23 von der Mitwirkung kraft Geſetzes ausgeſchloſſen war, ſo hängt die Beſeitigung des Mangels ganz davon ab, ob die betreffende Entſcheidung anfechtbar iſt und ob ſie rechtmäßig vom Beſchwerten auch tatſächlich angefochten wird.

Trifft beides nicht zu, ſo erwächſt die Entſcheidung endgültig mit dem Rechtsmangel behaftet in Rechtskraft.

Trifft beides jedoch zu, ſo wird der Mangel, ſoweit er vorliegt, beſeitigt werden, und zwar auch dann, wenn er nicht ausdrücklich gerügt worden iſt, die Berufung zum Beiſpiel anderweitig begründet wurde. Denn durch Abſ. 2 des § 328 StPO wird dem Berufungsrichter die Befugnis beigelegt, die Ordnungsmäßigkeit des erſtinſtanzlichen Verfahrens von Amts wegen zu prüfen [112]). Nur wenn der Beſchwerdeführer gemäß § 318 StPO ausdrücklich erklärt hat, daß er eine Ueberprüfung des Vorderurteils nur unter dieſen oder jenen beſtimmten Geſichtspunkten wünſche, bleibt das übrige Prozeßmaterial ungeprüft [113]).

Eine Prüfung von Amts wegen in dieſem Punkte wie überhaupt eine Nachprüfung einer auf § 23 StPO geſtützten Rechtsmittelbegründung findet aber natürlich nur dann ſtatt, wenn der wirklich Beſchwerte das Rechtsmittel eingelegt hat, was beſonders in dem S. 37 erwähnten Fall von Bedeutung iſt. Hier hatte der Richter in einer gegen die Bu. wegen Abtreibung und gegen die A. wegen Beihilfe dazu gerichteten Voruntersuchung als Ferienvertreter des Unterſuchungsrichters die beſchuldigte A. verantwortlich vernommen. Hinterher wurde dann durch Wiedereröffnung der Voruntersuchung die Sache gegen die Bl. wegen Beihilfe ausgedehnt und das ganze Verfahren verbunden in der Hauptverhandlung erledigt, in der der betreffende Richter mitentſchieden hat. Hier ſind die Bu. und die A. als Beſchwerte in der Lage, die Anfechtung der Entſcheidung auf § 23, 2 StPO zu ſtützen. Die Bl. hingegen kann trotz der Verbindung des Verfahrens nicht aus dieſem Grunde gegen die Entſcheidung mit Erfolg angehen. Ihr gegenüber lag der Fall des § 23, 2

[111]) Löwe-Roſenberg a. a. O., Anm. 2 zu § 22.

[112]) Löwe-Roſenberg, a. a. O., § 328 Anm. 5; Gerland, a. a. O., 411; zu den Beſtimmungen dieſer Art gehört auch § 23, 1. u. 23, 2 StPO. Vgl. § 338, Ziff. 2.

[113]) Bennecke-Beling, S. 577, a. a. O.

nicht vor, die durch sie erhobene Verfahrensrüge wäre daher als unbegründet abzuweisen [114]).

In diesem Zusammenhange wurde auch die Frage aufgeworfen, ob in dem Schweigen des Angeklagten ein Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels liegen könne [115]). Hier dürfte der in der JW von Alsberg geübten Kritik voll zuzustimmen sein. Die Vorschrift des § 23 ist, wie anfangs herausgestellt, eine im öffentlichen Interesse liegende Schutzvorschrift, die dem Ansehen der Rechtspflege insofern dienen soll, als sie für den Erlaß eines gerechten Urteils Sorge trägt. Es ließe sich mit diesem Zweck des § 23 nicht vereinbaren, wollte man die Befolgung dieser Vorschrift von der Willkür des Angeklagten abhängig machen. Ob durch einen Verzicht eines Angeklagten ein Prozeßverstoß geheilt ist, dürfte überhaupt nur dann zur Erörterung gestellt werden, wenn die Rechtsverletzung einen Rechtsbehelf des Angeklagten berührt. Hier jedoch, wo es sich um das öffentliche Interesse handelt, wird der Mangel weder durch einen stillschweigenden, aber auch nicht durch einen ausdrücklichen Verzicht des Angeklagten beseitigt.

Des Zusammenhanges wegen sei hier noch darauf hingewiesen, daß soweit eine unbedingte Gesetzesverletzung gemäß § 338, 2 StPO nicht vorliegt — z. B. es hat der nach § 23 ausgeschlossene Richter an einer Entscheidung teilgenommen, die die Hauptentscheidung lediglich vorbereitete, also nicht an der Hauptentscheidung selbst — im einzelnen Fall darüber zu entscheiden ist, ob das Urteil auf dem Mangel beruht, d. h. ob das Urteil ein anderes gewesen wäre, wenn statt des ausgeschlossenen Richters bei der vorbereitenden Entscheidung ein anderer nicht ausgeschlossener Richter mitgewirkt hätte. So, wenn z. B. ein gemäß § 23, 2 ausgeschlossener Richter am Eröffnungsbeschluß teilgenommen hat [116]).

Im übrigen liegen bei der Anfechtung der Entscheidung aus Gründen des § 23 StPO keine Besonderheiten vor. Es ist daher auf die allgemeinen Grundsätze und Regeln zu verweisen.

Hatte also z. B. der Angeklagte Berufung gegen das Urteil erster Instanz eingelegt und hatte in dieser Berufungsinstanz ein Richter mitgewirkt, der gemäß § 23, 1 oder 2 ausgeschlossen war, dann ist der Angeklagte nicht in der Lage, das Urteil dieserhalb nochmals anzufechten, sondern nur noch die andere Partei, sei es nun die Staatsanwaltschaft, der Privatkläger oder der Nebenkläger. Die Staatsanwaltschaft z. B. würde das aber nur tun, wenn das Berufungsurteil ihr ungünstig erscheint. Denn § 23 ist nicht eine Vorschrift, die nur zu Gunsten des Angeklagten gegeben wurde, vielmehr ist auch die Staatsanwaltschaft in der Lage, eine Verletzung des § 23 als Beschwerde zu Ungunsten des Angeklagten geltend zu machen [117]).

[114]) RGSt. 54/316.

[115]) RG in JW 1922/1394; Löwe-Rosenberg, a. a. O., Anm. 8 zu § 23.

[116]) RGSt. 10/56; RG in JW 59/2141 Nr. 16; vgl. auch Alsbg. Entsch. 2/154, wo dasselbe betreffs der in § 305 Satz 1 erwähnten Entscheidung gesagt ist.

[117]) RGSt. 9/285.

V. Schlußgedanken.

Aufgabe des § 23 StPO unter der heutigen Gesetzgebung.

Die Besprechung der einzelnen Fälle, die sich in Theorie und Praxis in Bezug auf Absatz 1 und Absatz 2 des § 23 StPO gebildet haben, ergibt, daß diese recht vielgestaltig sind und im wesentlichen Einzelheiten durchaus nicht einer einheitlichen Auffassung unterliegen. Es war daher erforderlich, bei den Einzelfällen immer wieder auf die Grundgedanken, die den § 23 und seinen Absatz 1 und Absatz 2 speziell entstehen ließen, zurückzukommen.

Es hat sich also hierbei vor allem gezeigt, daß der Jurist Diener am Zweck und nicht bloß am Wort des Gesetzes ist. Die Gesetzesvorschriften, und so auch besonders der § 23 StPO mit seinen vielen Einzelfragen, können nicht alle regelungsbedürftigen Fälle erfassen. Es muß daher notwendig der Anwendung des § 23 StPO, vor allem in zweifelhaften Fällen, eine Forschung nach dem Zweck dieser Gesetzesbestimmung vorausgehen. Nur auf diese Weise ergibt sich dann aus den mehreren möglichen Wortdeutungen eine Lösung, die auch im sachlichen Ergebnis befriedigt.

Leitstern der Auslegung des § 23 mußte dabei seine Aufgabe sein, im Volke soweit möglich die Ueberzeugung zu schaffen, daß auf Seiten der Organe, von deren Ausspruch die Entscheidung des Prozesses abhängt, nichts vorliegt, was die Entscheidung, sei es nun für den Beschuldigten oder den Verletzten, nachteilig beeinflussen könnte. Ausgehend von diesem Grundgedanken ergab sich dann die den beiden Absätzen des § 23 insbesondere in dieser Richtung zufallende Aufgabe.

Eine derartige Besprechung des § 23 ermöglichte weiterhin, mit dem § 23 in seiner heutigen Fassung — abgesehen vielleicht von den S. 8 ff. und S. 11 ff. besprochenen Fällen aus dem Gebiet der Wiederaufnahme des Verfahrens bzw. der Zurückverweisung in der Rechtsmittelinstanz — ohne etwa seinem Wortlaute zu nahe zu treten, alle Fälle zu erfassen, die zu regeln seine Zweckbestimmung erfordert und andererseits die Fälle auszuschalten, die demzufolge nicht als unter ihn fallend betrachtet werden können.

Es mag in diesem Zusammenhange nun noch die Frage aufgeworfen werden, inwieweit die heutige Gesetzgebung sich zu den Fragen des § 23 StPO stellen wird.

Schon aus der Zweckbestimmung des § 23 ergibt es sich m. E., daß auch in Zukunft eine dem § 23 entsprechende Regelung erhalten

bleibt, ſofern man dem Abſatz 2 des Paragraphen nicht durch Beſeitigung der „richterlichen Vorunterſuchung ſeine Grundlage entzieht. Jedoch auf dieſe Frage einzugehen, würde den Rahmen der Arbeit zu weit überſchreiten.

Abgeſehen von dieſer Möglichkeit gehen die Beſtrebungen der heutigen Geſetzgebung jedenfalls davon aus, daß der Richter unabhängig von ſonſtigen Einflüſſen allein nach dem Geſetz, und wo dieſes nicht ausreicht, nach dem Volksgeiſt, als oberſte Rechtsquelle, ſeine Entſcheidung treffen ſoll. Dieſe Beſtrebungen gehen insbeſondere dahin, den Richter durch eine Beſeitigung, zum mindeſten aber Einſchränkung, des Grundſatzes „nullum crimen, nulla poena sine lege" von dem Erfordernis der Geſetzmäßigkeit ſeiner Entſcheidungen zu Gunſten einer Rechtmäßigkeit oder Rechtsangemeſſenheit zu befreien.

Durch eine ſolche Beſeitigung oder Einſchränkung des bisherigen Grundſatzes würde der Richter aber nicht etwa erleichtert und ungebundener ſeines Amtes walten können. Er wird vielmehr ſeine Bindung, in einer unſerem heutigen Rechtsempfinden mehr entſprechenden Weiſe, in dem Volksgeiſt, als dem Rechtsgewiſſen unſeres geſchichtlich gewordenen und in Zukunft hineinwirkenden Volkes erhalten [118]). Dem Richter fällt alſo gerade im Gegenteil in erhöhtem Maße die Aufgabe zu, ſich nicht allein mit dem leeren Buchſtaben des Geſetzes zu begnügen, ſondern aus der tiefſten Quelle des Rechts, dem Volksgeiſt, zu ſchöpfen und ſich ſo auch mehr rechtsfindend zu betätigen.

Mit dieſem erweiterten Aufgabenkreis ſteigert ſich aber auch zugleich die Schwere ſeiner Aufgabe und ſeiner Verantwortung und auf der anderen Seite die Gefahr des Mißtrauens des Volkes in die Rechtſprechung, ſofern der Richter von ſeiner Pflicht, aus der Quelle des Volksgeiſtes zu ſchöpfen, nicht den richtigen Gebrauch macht.

Dieſe Tatſachen laſſen es daher in erhöhtem Maße geboten erſcheinen, gerade auch in Zukunft dafür Sorge zu tragen, daß alle Einflüſſe, die geeignet wären, in irgendeiner Weiſe bei einem Richter eine Voreingenommenheit zu erzeugen, von dieſem ferngehalten werden. In dieſer Hinſicht wird auch dem § 23 StPO in Zukunft eine nicht geringe Bedeutung zukommen.

---

[118]) Freiſler, Deutſche Juſtiz, 1934, S. 477.

Lebenslauf.

Am 9. 5. 1907 wurde ich als Sohn des damaligen Regierungsaſſeſſors Dr. Wilhelm Cuno und ſeiner Ehefrau Martha geb. Wirtz, in Berlin-Wilmersdorf geboren.

Nach dem Beſuch der Schulen in Berlin-Lichterfelde und in Hamburg erhielt ich Oſtern 1924 auf dem kath. Progymnaſium das Zeugnis der Reife für Oberſekunda. Nach einjähriger Vorbereitung auf der Handelsſchule war ich bis Ende 1925 als Lehrling bei der Fa. Arnold Otto Meyer in Hamburg tätig. In der Abſicht zu ſtudieren, begab ich mich auf die Schule zurück und erhielt Oſtern 1928 auf dem Kirchenpauer Realgymnaſium zu Hamburg das Zeugnis der Reife. Rechts- und Staatswiſſenſchaften ſtudierte ich an den Univerſitäten Freiburg i. Br., München und Münſter und beſtand im Januar 1934 das Referendarexamen bei dem Oberlandesgericht in Hamm i. W.